

**UNIVERSIDAD DE CÁDIZ**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL**

**PROGRAMA DE DOCTORADO “CUESTIONES ACTUALES DEL  
DERECHO PENAL Y PROCESAL”**



**TESIS DOCTORAL**

**LA FIGURA DEL INSTRUCTOR**  
**EN EL PROCESO PENAL**

Diego José Bernal Caputto

Jerez de la Frontera, 2.015



**UNIVERSIDAD DE CÁDIZ**  
**FACULTAD DE DERECHO**

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

PROGRAMA DE DOCTORADO “CUESTIONES ACTUALES DEL  
DERECHO PENAL Y PROCESAL”

**TESIS DOCTORAL**

**LA FIGURA DEL INSTRUCTOR**  
**EN EL PROCESO PENAL**

**Tesis doctoral presentada por Diego José Bernal Caputto para la  
colación del grado de Doctor en Derecho, dirigida por el Prof. Dr. Jesús  
Ignacio Sáez González, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad  
de Cádiz.**



*A mi padre, que me enseñó a leer*  
*A mi madre, que me enseñó a escribir*  
*A Inés, mi mujer y compañera*  
*A mi niña Patri y a mi niño Rodrigo*



## **AGRADECIMIENTO**

Quiero agradecer al Prof. Dr. Jesús Ignacio Sáez González su ayuda inestimable para poder concluir este trabajo, primero por animarme a empezarlo, segundo por tener la paciencia necesaria para esperar a que fuera terminado y tercero por sus magníficos consejos y tiempo dedicado.





## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>I. INSTRUCCIÓN Y PROCESO PENAL.....</b>	<b>15</b>
1. Delimitación conceptual de la instrucción y de la investigación penal.....	17
2. Precedentes históricos de la figura del instructor .....	37
3. Naturaleza jurídica de la instrucción penal.....	43
4. Principios que deben inspirar la instrucción penal .....	50
4.1. Principio de contradicción.....	50
4.2. Principio de audiencia .....	53
4.3. Principio de igualdad.....	56
4.4. Principio de oficialidad versus dispositivo .....	58
4.5. Principio de oportunidad .....	61
4.6. Principio de publicidad versus secreto .....	71
4.7. Principio de imparcialidad .....	74
<b>II. NORMAS Y RECOMENDACIONES DE ÁMBITO INTERNACIONAL E INSTRUCCIÓN PENAL .....</b>	<b>81</b>
1. Declaración Universal de Derechos Humanos .....	83
2. Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos.....	85
3. Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	91
4. Recomendaciones de la Unión Europea en materia de instrucción penal.....	103
5. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	108
<b>III. MODELOS ACTUALES DE INSTRUCCIÓN: DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>117</b>
1. El instructor en Alemania .....	119

2. El instructor en Italia .....	134
3. El instructor en Portugal .....	139
4. El instructor en Francia.....	145
5. El instructor en EE.UU. ....	152
6. El instructor en Gran Bretaña .....	160
7. El modelo de instrucción en el Tribunal Penal Internacional.....	167
<b>IV. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA FIGURA DEL INSTRUCTOR PENAL .....</b>	<b>173</b>
1. La función de Jueces y Tribunales.....	175
1.1. El ejercicio de la actividad jurisdiccional: Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado: art. 117.3 CE .....	176
1.2. Las funciones judiciales en garantía de cualquier derecho .....	179
2. El Ministerio Fiscal en la Constitución: art. 124 CE.....	186
2.1. El Ministerio Fiscal, su ubicación en el Título VI de la Constitución .....	187
2.2. Las funciones del Ministerio Fiscal según la Constitución.....	193
2.3. Poder ejecutivo y Ministerio Fiscal: dependencia o independencia .....	198
2.4. Principios que rigen la actuación del Ministerio Fiscal según la Constitución .....	210
3. La Policía judicial .....	222
4. Los particulares en la instrucción penal: acción popular (art. 125 CE), acusación particular y acusación privada. ....	231
5. Las garantías del art. 24 CE y su relación con la instrucción penal	238
5.1. Derecho a la tutela judicial efectiva .....	239
5.2. Otras garantías del art. 24 CE.....	244
<b>V. ACTIVIDADES PROPIAS DEL INVESTIGADOR Y DEL INSTRUCTOR EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL .....</b>	<b>299</b>

1.	La investigación y la instrucción .....	301
2.	Actividad propia del investigador.....	305
2.1.	La imputación.....	306
2.2.	Declaraciones del investigado .....	313
2.3.	Declaración de testigos.....	318
2.4.	Agentes encubiertos .....	322
2.5.	Cuerpo del delito e inspección ocular .....	324
2.6.	Métodos alcoholométricos .....	335
2.7.	Reconocimiento en rueda .....	338
3.	Actividad propia del instructor .....	342
3.1.	Prueba anticipada y prueba preconstituida.....	344
3.2.	Medidas cautelares durante la instrucción .....	372
3.3.	Secreto de sumario .....	400
3.4.	Las diligencias de investigación instadas por la defensa. ....	405
3.5.	El procesamiento: el acto formal de imputación, el sobreseimiento o ampliación de la instrucción.....	408
3.6.	Conservación y custodia de los autos.....	413
<b>VI.</b>	<b>LA INSTRUCCIÓN SUPRAPARTES.....</b>	<b>419</b>
1.	Aproximación al modelo de instrucción suprapartes .....	421
2.	Modelo tradicional: el juez de instrucción.....	429
2.1.	Evolución del juez instructor.....	429
2.2.	Funciones del juez instructor.....	430
2.3.	Ventajas e inconvenientes .....	432
3.	El papel de las partes en este modelo .....	439
3.1.	Abogados: defensa y acusación.....	440
3.2.	Fiscales .....	450
4.	El papel de la policía judicial en este modelo .....	454
5.	Los colaboradores de la Justicia: Secretarios, forenses, peritos....	457

6.	Las especialidades de la instrucción el procedimiento de la LOTJ	461
<b>VII.</b>	<b>LA INVESTIGACIÓN DE PARTE .....</b>	<b>469</b>
1.	Aproximación al modelo de investigación de parte .....	471
2.	El Ministerio Fiscal como investigador .....	474
2.1.	Origen y evolución del Ministerio Fiscal.....	477
2.2.	La investigación del Ministerio Fiscal .....	479
2.3.	Ventajas e inconvenientes .....	480
3.	El papel del juez en este modelo.....	490
4.	El papel de la policía judicial.....	494
5.	El papel de las partes: abogados, acusación y defensa .....	498
6.	La investigación de partes en nuestro sistema procesal vigente....	505
6.1.	Las diligencias preliminares en el procedimiento abreviado ..	506
6.2.	La instrucción en el proceso penal de menores.....	511
6.3.	¿La no instrucción de los llamados juicios rápidos? .....	520
	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>535</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>541</b>

## **ABREVIATURAS**

AP	Audiencia Provincial
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
FGE	Fiscalía General del Estado
LEC	Ley de enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MF	Ministerio Fiscal
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea



## **INTRODUCCIÓN**

La figura del instructor en el proceso penal es sin duda uno de los pilares básicos en la configuración del propio sistema de enjuiciamiento criminal, de ahí la importancia de acometer el estudio de dicha figura desde una perspectiva crítica y práctica que permita dilucidar los aspectos más importantes de dicha institución. Su decisivo papel en aras a la preparación del juicio oral constituye el eje central en la investigación penal. La instrucción se configura como aquella parte del proceso penal encaminada a la averiguación de los hechos, a la búsqueda de la verdad, pero no como fin en sí mismo, sino como aquella fase del procedimiento penal encaminada a preparar el juicio oral o a evitarlo. Es aquí donde centraremos el presente estudio, en las posibilidades que al órgano investigador se le ofrece por parte de nuestra Ley Procesal en materia de investigación, pero no deteniéndonos en lo que existe en la actualidad, sino analizando las posibilidades que en esta materia pueden plantearse de cara a futuras modificaciones legislativas, sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad de otorgar al Ministerio Fiscal la instrucción penal.

Analizaremos la figura del Ministerio Fiscal y la del Juez Instructor, y en concreto aquellos puntos relacionados con la investigación en los procesos penales, para lo cual será necesario un estudio de Derecho comparado, al objeto de poder, tras analizar los sistemas penales de los países de nuestro entorno, plantear soluciones o ideas de cara a la mejora de nuestro sistema procesal penal. Importante será a la hora de analizar el derecho comparado acudir a fuentes extranjeras en la medida en que sea necesario para localizar obras que puedan aportar claridad al tema. Y ello

sin olvidar el acudir a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como a otras fuentes tales como la Organización de Naciones Unidas, donde existen comentarios relacionados con la materia que pueden aportar luz a este complejo mundo jurídico procesal.

Tal análisis deberá ser objeto de estudio siempre bajo el prisma de la Constitución, como norma básica en el estudio de cualquier tipo de cambio en materia procesal-penal, y ello sin olvidar todas las normas y resoluciones de carácter supranacional que inciden en la materia. En este sentido, el principio acusatorio será materia fundamental de estudio en el presente trabajo, y ello porque es aquí donde radica el motivo por el que se ha venido otorgando mayores facultades de investigación al Fiscal en las últimas reformas procesales, y que en suma viene a justificar el tan anunciada cambio de otorgar la instrucción al Ministerio Público, precisamente como forma definitiva de superar el sistema inquisitivo y otorgar la relevancia necesaria al principio acusatorio.

No debemos olvidar que la investigación ha venido históricamente unida a la función de juzgar, pero lo cierto es que estos sistemas inquisitivos quedaron finalmente superados en aras de otorgar garantías a los acusados, de forma que el derecho de defensa quedara garantizado conforme al art. 24 de la Constitución.

Independientemente se tratará también de exponer y estudiar en qué casos está prevista legalmente la intervención del Fiscal en la investigación de delitos, en concreto habrá que realizar un profundo estudio de la L.O. 7/1988 creadora del proceso penal abreviado, en la que se vino a esbozar un nuevo sistema de investigación en el que cada vez se otorgaban más



prerrogativas al Ministerio Público, no sin olvidar la última reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, operado por la Ley 24/2007, de 9 de Octubre.

Además, y en este punto, no podemos olvidar la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la cual en su art. 16 vino a establecer una importante novedad en esta materia, puesto que se otorgó sin paliativos la instrucción al Ministerio Fiscal, configurando con ello un nuevo sistema que supone una clara apuesta por un sistema tendente a otorgar mayor peso a la investigación por parte del Fiscal en el resto de los procesos penales.

Como decimos, la investigación criminal ha sido una constante necesaria en el proceso penal, pero históricamente ha ido evolucionado para ir otorgando mayores garantías a los acusados. Así la investigación en el sistema inquisitivo se encomendaba al mismo órgano que debía juzgar, de forma que ambas funciones se encontraban íntimamente unidas y entrelazadas. Ello producía una clara merma de garantías para el acusado, pues el mismo órgano que había investigado era el que posteriormente tenía que decidir y juzgar, con la lógica pérdida de imparcialidad que ello suponía.

En la actualidad, superados ya esos sistemas, y bajo criterios de imparcialidad como obligación ineludible de los jueces a la hora de juzgar, la instrucción quedó en manos de los jueces de instrucción, de forma que al ser los jueces de lo penal los que juzgaban, quedaba salvaguardado tanto la imparcialidad como la vigencia del principio acusatorio.

Así, no debemos olvidar que en nuestro proceso el órgano más importante y clásico en materia de investigación es el Juez de instrucción, el cual tiene competencias para la primera fase de investigación y siempre para la indagación. Este es el sistema por el que optó tanto la L.E.Cr. (art. 303), como nuestra L.O.P.J. (art. 87).

No obstante, el Ministerio Fiscal nunca fue ajeno a la investigación penal, y aunque inicialmente su papel fue algo casi simbólico en esta fase del proceso, lo cierto es que paulatinamente y con las sucesivas reformas legislativas, el papel de éste ha ido adquiriendo mucha mayor relevancia que la inicialmente prevista en la LECRIM, que en su redacción originaria ya preveía la posibilidad de que la policía judicial e incluso los particulares pudiesen dirigirse al Ministerio Fiscal para provocar que éste abriese una investigación oficial, así resulta de los arts. 284 y 262. Ello implicaba necesariamente que el Fiscal también podía investigar.

La evolución ha ido dando cada vez más margen para la investigación por el Fiscal, siendo su Estatuto, el que en su art. 5 permite que el Fiscal pueda recibir denuncias y abrir una investigación que podrá archivar cuando lo estime pertinente poniéndolo en conocimiento de los interesados para que puedan dirigirse al Juez si lo estiman conveniente.

Con la reforma de la LECRIM de 28 de Diciembre de 1988, se amplió de forma más clara las facultades del Ministerio Fiscal, al incluirse un nuevo artículo (art.785 bis) en el que se detalla en términos más amplios el contenido posible de la investigación que puede llevar a cabo el Ministerio Fiscal, otorgándosele las facultades necesarias para llevar a buen fin la primera fase de la investigación penal, no la indagación que sigue

atribuida al Juez de Instrucción, lo cual hace que siga siendo éste el órgano de investigación por excelencia.

Respecto al momento actual, no cabe duda que nos hallamos en una clara encrucijada, en un momento de inflexión en nuestra historia procesal penal, y es que parece ya evidenciarse la decisión del legislador de abordar la redacción de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la que quizá uno de los puntos de mayor calado y trascendencia sea la de otorgar definitivamente la investigación al Fiscal, medida no exenta de polémica, con la actual configuración del Estatuto del Ministerio Fiscal. Precisamente y en aras a preparar a la propia institución Fiscal de cara a la asunción del nuevo papel que parece aguardarle, se promulgó la Ley 24/2007, de 9 de Octubre por la que se modifica la Ley 50/1981, de 31 de Diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>1</sup>, que en su Exposición de Motivos ya nos anuncia textualmente que “la finalidad de superar el actual sistema de adscripciones permanentes, los conocidos como destacamentos, y la necesidad de crear una estructura del Ministerio Fiscal a nivel del territorio de la provincia que permita la cercanía a los órganos jurisdiccionales no radicados en la capital, y que permita de futuro una eventual asunción de la dirección de la investigación penal por parte de los Fiscales, son razones suficientes para que esta Ley venga a articular la organización territorial en el seno de la provincia”.

Las hipótesis de trabajo van todas encaminadas al análisis y estudio de las figuras del Juez Instructor y del Ministerio Fiscal en materia de investigación, y a partir de ahí, encauzar todas las posibilidades que en esta materia se plantean y ello sin olvidar el citado panorama futuro de otorgar

---

<sup>1</sup> BOE n° 243, de 10 de Octubre de 2007.

la investigación penal a los Fiscales, desplazando así a los Jueces. Posibilidad ésta no exenta de controversia, por lo que se tratará de estudiar si realmente es una posibilidad viable, razonable y equilibrada, o más bien es una aspiración de cierto sector doctrinal, más acorde con sistemas jurídico-penales en los que históricamente ya venía definida la figura del Fiscal como órgano de investigación y acusación.

Abordaremos en el presente estudio todas y cada una de las instituciones que inciden en la materia, dado que la investigación jurídica, como no podía ser de otro modo se asienta sobre el estudio inicial de las propias instituciones sobre las que ha de versar la presente tesis, para lo cual será necesario en primer lugar un pormenorizado análisis de las fuentes doctrinales clásicas de la materia procesal penal.

Será también necesario un acercamiento a la propia institución de la Fiscalía que permita un estudio del propio material jurídico que dimana de la Fiscalía, pues sus criterios, opiniones y circulares internas configuran la visión de los propios Fiscales en la materia.

Tras el estudio detallado de las posibilidades que en materia de investigación penal ofrecen los distintos modelos existentes, trataremos no ya de plantear modificaciones, sino de acercar las posibilidades viables en nuestro sistema hacia un sistema aún más garantista en el que la protección de los derechos fundamentales sea la base del propio sistema procesal penal.

Finalmente no podemos dejar de lado el nuevo Anteproyecto de Ley Orgánica de Desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal, así como el tan esperado Anteproyecto de Ley de

Enjuiciamiento Criminal aprobados por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011. Ambas normas constituyen un claro punto de inflexión en la futura regulación del proceso penal. Si bien han quedado aparcadas antes de conocer la luz, lo cierto es que han marcado un camino, aún por recorrer. Partiendo de tal base debe también abordarse el presente estudio, sabiendo que ambos Anteproyectos no lo veremos ya desarrollarse por el cambio de gobierno de la última legislatura. No obstante, debemos tener en cuenta que constituyen un pilar básico de estudio que claramente deberán ser tenidos muy en cuenta en el presente estudio.

También debemos mencionar que, aunque en el programa electoral del Partido Popular para las elecciones del 30 de Noviembre de 2011 no se mencionaba en absoluto que la instrucción acabase encomendándose al Ministerio Fiscal<sup>2</sup>, de hecho era conocida su oposición a tal postura, es lo cierto que la aparición del primer boceto de norma de enjuiciamiento penal del Gobierno actual<sup>3</sup>, sí que finalmente se decantó por otorgar la instrucción al Fiscal. Además, necesariamente debemos traer a colación en este punto

---

<sup>2</sup> “Promoveremos una nueva ley de enjuiciamiento criminal que agilice la instrucción, aclare la situación procesal de los justiciables e imprima celeridad a las actuaciones sobre la base de un modelo de instrucción con plazos tasados”. Programa Electoral del PP para las elecciones del 30 de Noviembre de 2011. Por el contrario en el Programa Electoral del PSOE para las elecciones del 20 de Noviembre de 2011 sí se menciona expresamente su clara intención de concluir en los mismos términos el Anteproyecto de la LECRIM presentado el 22 de Julio de 2011. Dicho programa se expresa en los siguientes términos: “Aseguraremos que los jueces puedan dedicarse a la resolución de los procedimientos y a la garantía de los derechos de los ciudadanos, encomendando la instrucción penal al Ministerio Fiscal. Los jueces se convertirán así en los auténticos garantes de la investigación y de todo el proceso penal. Se creará la figura del “investigado”, que será diferente de la del imputado y del procesado. Ningún ciudadano podrá ser imputado en una causa si no ha existido un proceso previo de investigación”.

<sup>3</sup> Código Procesal Penal, borrador de Anteproyecto aparecido Durante la etapa ministerial de D. Alberto Ruiz Gallardón, y finalmente descartado por el actual Ministro de Justicia, D. Rafael Catalá.

las recientes reformas de la LECRIM operadas por la *Ley Orgánica 13/2015 de 5 de Octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas*, y por la *Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia y el fortalecimiento de las garantías procesales*, en ambas normas comienza la Exposición de Motivos con el mismo párrafo en el que se expresa el deseo del legislador de promulgar una nueva norma procesal criminal, remitiéndose a la propuesta de Código Procesal Penal<sup>4</sup> que actualmente se encuentra en estudio, y que aboga claramente ya por la instrucción en manos del Ministerio Fiscal. Por tanto, con todas las reticencias, sí puede decirse que es cuestión de más o menos tiempo, dado que parece haber ya un cierto conceso político y legislativo que considera fundamental otorgar la instrucción penal al Ministerio Fiscal. Lógicamente decimos esto con las cautelas necesarias dado que la actividad legislativa en esta delicada materia está sujeta a los avatares políticos y no exenta de polémica.

---

<sup>4</sup> Propuesta de Código Procesal Penal presentada a la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2.012.

## **I. INSTRUCCIÓN Y PROCESO PENAL**





## 1. Delimitación conceptual de la instrucción y de la investigación penal

Antes de comenzar un pormenorizado análisis de la figura del instructor penal debemos definir el concepto de instrucción penal, pues partiendo de tal base podremos encuadrar dentro del sistema democrático con respeto escrupuloso a la Constitución y demás normativa internacional la propia actividad instructora.

La acepción común del término instruir podemos tomarla del propio Diccionario: “Enseñar, doctrinar. Comunicar sistemáticamente ideas, conocimientos o doctrinas. Dar a conocer a alguien el estado de algo, informarle de ello, o comunicarle avisos o reglas de conducta. Tramitar un procedimiento administrativo o judicial”<sup>5</sup>. A simple vista tal definición no parece incluir la faceta de investigación que la instrucción penal conlleva según nuestro ordenamiento procesal penal, pero claro para dar a conocer es necesario tener la información previamente, lo que conlleva necesariamente una labor de investigación, inherente a la propia instrucción.

Se formula más bien un contenido relativo a la idea de dar a conocer una determinada información a alguien, y ello trasladado al proceso penal, parece coherente con la idea de que instruir, en cierto modo, debe ser preparar el juicio oral, dar a conocer los hechos, sin que ello implique pronunciamiento sobre los mismos. No obstante, como afirma el TC, “su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral proporcionado a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al

---

<sup>5</sup> Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésimo segunda edición, 2001.

juzgado”<sup>6</sup>. Por tanto, desde tal pronunciamiento se deja sentada la importancia del juicio oral como punto culminante del proceso penal, como momento excepcional en el que se determinan los hechos bajo la actividad probatoria, y por tanto la instrucción queda configurada como fase previa al juicio que permite a las partes una toma de conocimiento de lo investigado en aras a formular sus respectivas posiciones en el juicio. No es que se trate de dar a conocer los hechos al juez que ha de juzgar, sino que estos estén a disposición de las partes para que planteen sus respectivos argumentos de acusación y defensa ante el juzgador. De esta forma esta fase preliminar del proceso permite, como afirma CÁMARA RUIZ, “determinar hasta qué punto la notitia criminis puede dar lugar a un juicio”<sup>7</sup>.

Esta visión de la instrucción acaba siendo mucho más garantista en términos de protección de derechos fundamentales, por cuanto configura la instrucción como algo puesto a disposición de las partes, y no como una puesta en conocimiento del juzgador, que en modo alguno debe atenerse sin más a lo instruido, sino que ha de esperar al juicio oral para formar su convicción sobre los hechos para poder declarar probado tan sólo aquello que bajo las premisas que impone el juicio oral, pueda dictar una resolución acorde con lo que ha tenido ante sus ojos. El material obtenido en la instrucción, se configura como el material sobre el cual puede o debe construirse tanto el ejercicio del derecho de defensa como el de acusación.

Pero tal visión de la instrucción, fruto ya de una concepción acusatoria del proceso penal, no fue siempre seguida por todos, y así, deben quedar superadas, y ello por propio imperativo constitucional, antiguas

---

<sup>6</sup> Sentencia del TC 31/1981 de 28 de Julio (recurso de amparo 113/1980).

<sup>7</sup> CÁMARA RUIZ, Juan, en el manual de ORTELLS RAMOS, Manuel y otros: *Derecho Procesal. Introducción*, Valencia, 2003, pág. 386.

opiniones como las de JIMÉNEZ ASENJO, según el cual el sumario era lo verdaderamente relevante pues en él se practicaba la prueba siendo el juicio una mera corroboración de lo instruido<sup>8</sup>.

Sensu contrario MORENO CATENA, apunta con una concepción actual que la investigación no es un fin sino la manera de preparar el juicio oral por lo que la instrucción de incluir la investigación y la preparación del juicio<sup>9</sup>.

Dos ideas pues latén en el citado párrafo, primero que la investigación simplemente prepara el juicio oral y segundo, que la instrucción es algo más que investigación. Así, superadas ya visiones inquisitivas del proceso penal, en las que el instructor-investigador era dueño y señor del proceso, en las que la determinación de los hechos quedaba fijada en la instrucción, y en las que el instructor tenía encomendadas prácticamente tareas investigadoras, dando poca importancia a tareas garantistas (protección de derechos fundamentales).

---

<sup>8</sup> JIMÉNEZ ASENJO: *Estudios de derecho Procesal*. Barcelona, 1969, pág. 722. “la instrucción es un arsenal de pruebas indestructible, que fundan la acusación y correlativamente la defensa. La función del plenario no es otra que la de ratificar o rectificar la instrucción. El plenario no hace sino homologar lo que existe en el sumario. Así es como hay que interpretar los textos legales, porque es la única admisible en la realidad. La prueba del juicio oral es la prueba formal, en cuanto tiende a comprobar la que se practicó en vía instructiva, y ha servido de base a la acusación y al procesamiento, y servirá en definitiva para la condena”.

<sup>9</sup> MORENO CATENA, Víctor y otros: *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios* (volumen II, Instrucción y medidas cautelares) Valencia, 2000, pág. 870, “de la definición contenida en el art. 299 LECRIM<sup>9</sup> se deduce, en primer lugar, que la actividad investigadora en que consiste la instrucción no es un fin en si mismo sino que se dirige a preparar el juicio oral y, en segundo lugar, que, como consecuencia de ello, la instrucción no se circunscribe solamente a una actividad investigadora sino que incluye otros contenidos también necesarios para el juicio oral”.

La propia LECRIM<sup>10</sup> afirma que todos cuantos intervienen en el procedimiento penal deben consignar y apreciar tanto las circunstancias adversas como favorables al presunto reo, de ahí que a mayor abundamiento el instructor puede y debe ser un órgano imparcial por cuanto su labor fundamental no es la de hacer acopio de material acusatorio, sino más bien de material de investigación, que sirve a ambas partes, y que, con independencia de quien le dé a conocer los hechos, debe encaminar su función a hacer acopio de los mismos, en aras de ponerlos a disposición de las partes para que tras la formulación de sus respectivos escritos de defensa y acusación, acudan al juicio oral bajo premisas de igualdad y con verdadero sometimiento a la contradicción, como único modo de alcanzar la verdad material en el proceso penal. Como afirma LORCA NAVARRETE refiriéndose al sistema de juicio por jurado, esta Ley ha impuesto la contradicción entre las partes y la imparcialidad judicial como premisas<sup>11</sup> y ciertamente debe ser así, tales premisas constituyen puntos básicos que el proceso penal debe llevar aparejadas, sobre todo, y por su puesto si hablamos de instrucción también, la contradicción entre las partes y la imparcialidad del órgano jurisdiccional deben quedar fuera de toda duda. Son dos aspectos que deben alumbrar en todo caso la instrucción, primero porque la contradicción es requisito del correcto ejercicio del derecho de defensa, y segundo, porque no puede haber realmente una decisión jurisdiccional correcta, si no sólo es acordada bajo premisas de imparcialidad, sino que además cuente con apariencia de imparcialidad, y

---

<sup>10</sup> Art. 2 LECRIM.

<sup>11</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María: *La aplicación del modelo adversarial de proceso penal al ordenamiento jurídico español*, Diario La Ley nº 5869, Lunes, 13 de Octubre de 2003. “El contradictorio y la disposición de las partes y fiscales y la imparcialidad del instructor son los signos distintivos del nuevo proceso penal adversarial de la Ley del Jurado alejados de los anómalos privilegios reconocidos en la LECRIM a fiscales e instructores por lo general <<emparejados>> los unos respecto de los otros”.

ello desde luego exige del órgano jurisdiccional una desvinculación clara de la propia actividad investigadora.

Precisamente esa labor de preparación para el juicio oral o para que éste no llegue ni si quiera a producirse es lo que justifica la instrucción. Pero ¿por qué debemos preparar el juicio oral o llegar a la conclusión de que éste no debe producirse? Primero porque todo proceso requiere una preparación, bien privada en manos de las partes<sup>12</sup> o bien como en el caso del proceso penal, en manos públicas, lo cual, sin duda, constituye una garantía para el sometido al proceso penal, porque ello debe implicar reconocimiento de investigación imparcial, alejada de intereses privados ajenos al buen fin de la Justicia. En este sentido, ASECIO MELLADO apunta las razones de esa necesidad de preparación pública del proceso penal, haciendo hincapié en el carácter público de los delitos, su indisponibilidad y el interés del Estado en descubrir las conductas punibles<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Así ocurre en el proceso civil, laboral o contencioso-administrativo, en el que el material probatorio y el estudio jurídico previo de viabilidad en el ejercicio de la acción la llevan a cabo los particulares, es por llamarlo de alguna forma una *instrucción exproceso*, dado que el proceso se inicia con la presentación de la demanda, no con la preparación del juicio como ocurre en el proceso penal.

<sup>13</sup> ASECIO MELLADO, José María: *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2010, pág. 97, “el carácter público del delito, su indisponibilidad y el interés del Estado en el descubrimiento de estas conductas, son razones suficientes para justificar la existencia en el proceso penal de una fase inicial cuya finalidad es la de hacer posible el enjuiciamiento mediante la determinación previa, y siempre con base en juicios provisionales, del hecho presuntamente cometido y de su presunto autor. El Estado no puede dejar en manos privadas de los particulares esta tarea por muy diversas razones, entre ellas la dificultad de dichas tareas de investigación (ya que el delincuente busca de propósito la impunidad y hace desaparecer las pruebas del delito), el riesgo que acarrea entraren contacto con personas cuya forma de vida es el delito, y, en fin, por el interés público en el mantenimiento de la paz social”.

Pero en segundo lugar, justifica la existencia de la instrucción o preparación del juicio oral la propia naturaleza del proceso penal, en el que la incriminación misma se convierte en una desagradable y a veces nefasta experiencia para una persona. Si la instrucción permite realizar un filtraje antes de *sentar al acusado en el banquillo*, es evidente que también se convierte en una garantía para el imputado, pues durante la instrucción no sólo se le da la opción de defenderse, sino que se puede llegar a la conclusión de que no existen pruebas que permitan la incriminación en juicio. De ahí, que tan importante sea que los derechos y libertades fundamentales se respeten en el juicio oral como en la fase de instrucción<sup>14</sup>.

Por ello precisamente, la instrucción es también una garantía para el imputado, y de ahí que la mejor manera de proteger dicha garantía sea incardinar la instrucción en el proceso penal. La instrucción no es una fase preparatoria ajena al proceso y por tanto desvinculada de los principios que lo rigen, sino que forma parte integral del proceso, sujeta por tanto a todas las garantías constitucionales del proceso penal: derecho a la tutela judicial efectiva, la prohibición de indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías, a lo que deben añadirse todas y cada unas de las garantías derivadas de nuestra adhesión a tratados internacionales en materia de derechos humanos. Afirma ARAGONESES que “el proceso (desde el punto de vista de su naturaleza) es una institución jurídica para la realización de la

---

<sup>14</sup> Afirma MORENO CATENA que “la instrucción sirve, desde la perspectiva del acusado, a la finalidad de evitar juicios infundados o incluso maliciosos, pues la actividad instructoria se dirige a acopiar la información necesaria para constatar y luego decidir si los presupuestos necesarios para abrir el juicio oral se dan y además, si se dan, cuando menos, con la necesaria intensidad como para no imponer al inculcado las cargas del proceso más allá de lo razonable”. MORENO CATENA, Víctor y otros: *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios* (volumen II, Instrucción y medidas cautelares) Valencia, 2000, pág. 870.

justicia que se desenvuelve a través de la situación que se produce en cada caso concreto en que se pide la satisfacción de una pretensión”<sup>15</sup>. Pues bien, tal definición de *proceso* nos permite afirmar que la fase de instrucción está incluida en el mismo, porque la realización de la justicia es, en suma, la finalidad propia de tal fase dado que resulta necesaria para colmar las propias exigencias del propio juicio oral. Si además el objeto del proceso penal lo constituye *la satisfacción de pretensiones basadas en el derecho punitivo*<sup>16</sup>, no cabría colmar el proceso penal con una sentencia condenatoria sin una instrucción garantista incluida en el propio proceso.

Pues bien, la instrucción, desde un punto de vista penal, viene definida por algunos autores como la “fase del sumario anterior a la de juicio oral que consiste en la investigación encaminada a la averiguación de los hechos delictivos, así como de las personas intervinientes en los mismos”<sup>17</sup>. Tal definición adolece de un defecto, incluye lo definido en la propia definición, pues sumario es también “el conjunto de actuaciones encaminadas a preparar el juicio oral y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”<sup>18</sup>. Tal es la definición que la propia LECRIM da al término sumario. Pero quizá una definición bastante acertada y coherente es la que plantea CORTÉS DOMÍNGUEZ al decir que “en la instrucción se investiga si los hechos acusados merecen ser juzgados en la segunda fase o juicio

---

<sup>15</sup> ARAGONES ALONSO, Pedro: *Ibidem*, pág. 206

<sup>16</sup> ARAGONES ALONSO, Pedro: *Ibidem*, pág. 273.

<sup>17</sup> CALATAYUD PÉREZ, Emilio y OTROS, *Diccionario básico Jurídico*, Granada, 1.985.

<sup>18</sup> RIBÓ DURAN, Luís: *Diccionario de Derecho*, Barcelona, 1987.

oral, y lo merecen si, en principio, tienen apariencia de delito y pueden ser imputados a una persona concreta individualizada”<sup>19</sup>.

Esta es posiblemente la esencia de la instrucción concebida como garantía para el inculpado, dado que en la misma se decide si se debe o no llevar a juicio a una persona. Además debe tenerse en cuenta que precisamente la propia LECRIM en su art. 2 manifiesta que “todas las Autoridades y funcionarios que intervienen en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias, así adversas como favorables al presunto reo, y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor”. Esa obligación de consignar tanto lo favorable como lo desfavorable para el presunto reo es quizá lo que más debe caracterizar la instrucción, porque en la misma no debe caerse en la investigación dirigida al castigo del culpable, sino también a la absolución del inocente. Sólo con tales premisas se puede llegar a hacer Justicia.

Pero obviamente la instrucción se fundamenta igualmente en la propia necesidad de averiguación del hecho presuntamente delictivo en aras a la aplicación de la pena dentro del proceso, que sólo con un inicio adecuado permite su continuación<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2.005, pág. 193 (Valentín Cortés Domínguez).

<sup>20</sup> Así apunta GÓMEZ COLOMER que realmente, “el proceso penal comienza de verdad cuando se formula una acusación contra una persona determinada por un hecho criminal concreto. Pero para poder llegar a este punto, se requiere previamente realizar una serie complicada de actos, principalmente de investigación, tendentes a averiguar las circunstancias del hecho y la personalidad de sus autores, que fundamenten así la posterior acusación, dado que lo normal es que el delito se cometa en secreto, que se procure evitar su descubrimiento y que no se conozca



Otro aspecto interesante de cara a delimitar conceptualmente la instrucción, lo podemos encontrar en la propia nomenclatura que nuestra legislación procesal penal utiliza para definir la instrucción. La llama *sumario* en el juicio ordinario, *diligencias previas* en el procedimiento abreviado y *diligencias previas urgentes* en el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos. En todas ellas hay algo en común en lo que a la acepción del término empleado se refiere: la brevedad, la celeridad, la necesidad de que no exista dilación indebida. Es pues un aspecto importante en el proceso penal: el principio de celeridad.

La acepción del término sumario más común y por tanto ajena a lo jurídico es aquella que lo define como *resumen, compendio o suma*<sup>21</sup>. Por otro lado, el término diligencia es definido también como *prontitud, agilidad, prisa*<sup>22</sup>. Pero ¿porqué el legislador de la LECRIM utilizó tal expresión para identificar esta fase del proceso penal, y ha seguido usándose acepciones parecidas por legisladores posteriores? Parece claro que se pretendió y se pretende dar una connotación de celeridad, que impida prolongadas instrucciones y reiteración de diligencias. Ya la LECRIM en su Exposición de Motivos nos decía que “sería temerario negar que aun bajo la legislación vigente no es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos...” Precisamente lo que ocurre hoy día, y precisamente lo que han pretendido cambiar las dos otras formas de instrucción (diligencias previas y diligencias previas urgentes). Así parece

---

desde el principio quién lo ha podido cometer”. MONTERO AROCA, Juan y otros: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, 2003, pág. 117. Entre los autores de este libro se encuentra GÓMEZ COLOMER, cuya cita ha sido transcrita ut supra

<sup>21</sup> Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésimo segunda edición, 2001.

<sup>22</sup> *Idem*.

ser una constante en nuestro proceso penal el deseo del legislador de agilizarlo y dinamizarlo, y ello suponemos porque se pretende otorgar al juicio oral la verdadera importancia que merece, y es preciso que el sumario o diligencias no se conviertan en una dilatada fase de acumulación de folios en los autos, sino en un acopio del material estrictamente necesario. No olvidemos que tal material no es prueba y por tanto carece de sentido una excesiva acumulación, cuando va resultar necesario reproducirlo en el juicio oral.

El término juicio “sumario” también, en términos de proceso civil, conlleva la connotación de no producir efectos de cosa juzgada, y aunque durante la instrucción sí puede recaer resolución que implique “cosa juzgada” como así ocurre en casos de sobreseimiento libre, lo cierto y habitual es que la instrucción, y por tanto las resoluciones judiciales que en él se dictan, estén encaminadas al juicio oral y no produzcan efecto de cosa juzgada, por cuanto tal efecto es propio de la sentencia penal. De ahí que también podamos advertir cierta *conexión* entre “sumario” entendido como parte del proceso penal y la posibilidad de que las resoluciones que recaen en el mismo sean modificables, dado que pese a que una persona pueda ser procesada, tal decisión puede ser vaciada de contenido en una sentencia absolutoria. Pero obviamente no podemos identificar “proceso sumario”, en términos de proceso civil, con “sumario” como fase del proceso penal<sup>23</sup>. Así

---

<sup>23</sup>Aunque lo cierto es que como afirma GIMENO SENDRA “con relación al proceso sumario dicha ausencia de plenitud de los efectos de la cosas juzgada, se produce como consecuencia de que el proceso sumario ostenta una cognición limitada a uno o a determinados aspectos de la relación jurídico material, por lo que naturalmente, los efectos de la cosa juzgada habrán de limitarse exclusivamente a esos aspectos que han sido objeto de cognición produciéndose una limitación objetiva de la cosa juzgada, la cual no se extiende a aquella parte de la relación jurídico material, que no ha sido objeto del proceso sumario y, con respecto a la cual, no obstante haber recaído sentencia firme en dicho procedimiento, puede replantearse el litigio a través del

precisamente en la instrucción penal se prepara el juicio oral, momento en el que se replantea nuevamente toda la investigación penal, siendo el juicio oral el momento procesal en el que tras la práctica de la prueba se llega, o se debe llegar, a esa plenitud de cognición que acarreará definitivamente la plenitud de efectos de la cosa juzgada<sup>24</sup>.

Como ya hemos apuntado y como así expresa el legislador decimonónico en la Exposición de Motivos de la LECRIM la dilación del proceso se convierte en una constante, un mal que desde hace ya más de un siglo se pretende evitar en nuestro sistema de enjuiciamiento. Pero es que además, la fase del proceso penal que por su propia naturaleza<sup>25</sup> se presta a una mayor dilación, como así nos muestra la práctica forense es, sin duda, la fase instructora, luego, es claro que es aquí donde debe producirse un cambio fundamental. A tal extremo llega la preocupación del legislador por la dilación, que nuestra Constitución eleva el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas<sup>26</sup> a rango derecho fundamental, con el máximo nivel

---

procedimiento declarativo correspondiente”. GIMENO SENDRA, Vicente, en el manual CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín y otros: *Derecho procesal civil. Parte especial*, Madrid, 2003, pág. 25.

<sup>24</sup> No obstante, no olvidemos que como continúa afirmando GIMENO SENDRA “respecto al concepto de sumariidad, la nueva LEC, acoge el concepto técnico jurídico, pacífico en la doctrina, que la identifica con la <<ausencia (aunque mejor hubiera sido decir ausencia de plenitud de los efectos) de cosa juzgada a causa de una limitación de alegaciones y prueba>> (EM ep. X, párr 3), para distinguirlo del principio de sumariidad que se menciona en el art. 53.2 CE, entendida como simplificación, rapidez y plena e inmediata efectividad de la tutela judicial de los derechos fundamentales”. *Ibidem*, pág. 26.

<sup>25</sup> La investigación penal implica necesariamente la práctica de diligencias que a veces se retrasan, bien por su propia complejidad, o bien por la excesiva burocratización de la instrucción. Lo cierto es que una vez terminada la instrucción, y abierto el juicio oral, no suele ser ya dilatada la terminación del proceso, pues no suelen ser muchas las sesiones necesarias para finalizar un juicio, pese a que lleve varios años instruirlo.

<sup>26</sup> Art. 24.2 CE.

de protección que se le concede a los derechos fundamentales: no puede haber verdadera Justicia en procesos excesivamente dilatados en el tiempo.

GIMENO SENDRA viene apuntando que la aceleración del proceso debe realizarse desde tres aspectos material, procesal y orgánico que deben ser objeto de cambio en nuestro sistema procesal penal, como también parece haberlo entendido así el legislador, dado que las últimas reformas apuntan por estos derroteros<sup>27</sup>.

Otro aspecto a tener en cuenta es la pretendida incorporación del principio de oportunidad a nuestro ordenamiento, lo cual podría chocar frontalmente con el texto constitucional, que bajo el principio de legalidad impide el libre sobreseimiento de conductas tipificadas por meros criterios de conveniencia. Quizá como alternativa, la legislación tiene previsto el sistema del indulto, que, como institución marcada por su carácter político permite adoptar medidas en materia de política criminal al Gobierno, que permitiría alcanzar fines similares al del sobreseimiento, sin forzar el principio de legalidad. No obstante, desde el punto de vista estricto del principio de legalidad tanto puede ser una burla al citado principio la no persecución de determinados delitos por criterios de oportunidad, como

---

<sup>27</sup> “Dicha política de aceleración del proceso penal se ha acometido en Europa a través de la adopción de ciertas medidas que pueden sistematizarse del modo siguiente: a) Materiales: descriminalización de las pequeñas infracciones y su conversión en ilícitos administrativos; b) Orgánicas: limitación de la competencia objetiva del jurado, atribución al Ministerio Público de la instrucción y potenciación de los órganos jurisdiccionales unipersonales de decisión para el tratamiento de delitos leves, y c) Procesales: creación de nuevos procedimientos administrativos simplificados, instauración del proceso penal monitorio, potenciación del guilty plea y de los sistemas de transacción penal e incorporación del sobreseimiento por razones de oportunidad de los delitos-bagatela y de terrorismo”. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 47.

facilitar el indulto a quienes hubieren sido condenados por dichos delitos. La opción más coherente, sin duda, es la despenalización de aquellas conductas que por su escasa entidad merezcan estar fuera del ámbito penal.

Así, de estas reformas materiales, orgánicas y procesales, dos influyen sobremanera en la instrucción, en primer lugar la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación penal, y en segundo lugar, la aplicación del principio de oportunidad. Desde un punto de vista legal, nada obsta a que la investigación penal pase a manos del Ministerio Fiscal al objeto de intensificar la labor de la Administración en aras a acelerar el proceso penal, pero ciertamente y como hemos apuntado, tan sólo un principio de oportunidad “reglada” podría ser aplicable en nuestro orden constitucional, en el que el Ministerio Fiscal, está sometido al principio de legalidad.

Continuando con el problema de la falta de celeridad en la instrucción penal, podemos afirmar que no sólo perjudica al imputado y a la víctima (en la medida en que está última no ve cómo es condenado el culpable del hecho que ha perturbado su bien jurídico), sino a la propia sociedad, que tiene un derecho legítimo a exigir del Estado una seguridad ciudadana sin merma de garantías procesales pero eficaz. Precisamente en este punto el propio sistema penal ha tenido que *castigar* esas instrucciones dilatadas, estériles e inútiles con el instituto de la prescripción de los delitos, que la gana el acusado como reconocimiento al exceso de dilación en el proceso y en aras de la propia seguridad jurídica, pero que en suma perjudica los intereses públicos y crea conmoción social. No obstante, y como es bien sabido no toda dilación indebida conlleva prescripción, aunque si tal dilación es reconocida debe ser tomada en cuenta a los efectos de la imposición de la pena, pues la última reforma del Código Penal

operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha elevado a la categoría de atenuante la anteriormente tratada como atenuante analógica de dilaciones indebidas<sup>28</sup>. Evidentemente no deja de ser un reconocimiento implícito del Estado de Derecho de su mal funcionamiento en lo que a Administración de Justicia se refiere.

En este punto debemos también destacar la última reforma de la LECRIM operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales* que, en un intento de dar una solución a la dilación de la instrucción, ha venido a realizar un nuevo intento de acotarla con un margen de tiempo previamente marcado (de 6 a 18 meses). La redacción anterior del art. 324 LECRIM<sup>29</sup> era más una declaración de intenciones que verdadero precepto legal vinculante para el instructor. Con la nueva redacción<sup>30</sup> se ha intentado nuevamente evitar las

---

<sup>28</sup> Art. 21 C.P. «6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.»

<sup>29</sup> Art. 324 LECRIM (anterior a la reforma que comentamos): “Cuando al mes de haberse incoado un sumario no se hubiere terminado, el Secretario judicial dará parte cada semana a los mismos a quienes lo haya dado al principiarse aquél, de las causas que hubiesen impedido su conclusión. Con vista de cada uno de estos partes, los Presidentes a quienes se hubiesen remitido y el Tribunal competente acordarán, según sus respectivas atribuciones, lo que consideren oportuno para la más pronta terminación del sumario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, los Jueces de instrucción están obligados a dar a los Fiscales de las Audiencias cuantas noticias les pidieren, fuera de estos términos, sobre el estado y adelanto de los sumarios”.

<sup>30</sup> Artículo 324 LECRIM según redacción operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales* «1. Las diligencias de instrucción se practicarán

durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas.

No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurran de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo.

**2.** Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, al menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo.

Contra el auto que desestima la solicitud de prórroga no cabrá recurso, sin perjuicio de que pueda reproducirse esta petición en el momento procesal oportuno.

Se considerará que la investigación es compleja cuando:

- **a)** recaiga sobre grupos u organizaciones criminales,
- **b)** tenga por objeto numerosos hechos punibles,
- **c)** involucre a gran cantidad de investigados o víctimas,
- **d)** exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis,
- **e)** implique la realización de actuaciones en el extranjero,
- **f)** precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas, o
- **g)** se trate de un delito de terrorismo.

**3.** Los plazos previstos en este artículo quedarán interrumpidos:

- **a)** en caso de acordarse el secreto de las actuaciones, durante la duración del mismo, o
- **b)** en caso de acordarse el sobreseimiento provisional de la causa.

Cuando se alce el secreto o las diligencias sean reabiertas, continuará la investigación por el tiempo que reste hasta completar los plazos previstos en los apartados anteriores, sin perjuicio de la posibilidad de acordar la prórroga prevista en el apartado siguiente.

**4.** Excepcionalmente, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o alguna

instrucciones anquilosadas que duran tediosos años. Ciertamente no está de más establecer un plazo genérico de 6 meses, el problema surge cuando se empiezan a establecer excepciones. Por un lado se permite declarar una instrucción “*compleja*”, lo que implica una duración de 18 meses con posibilidad de prórroga por igual periodo, pero además se fija la posibilidad para casos excepcionales de que el instructor (el juez se entiende) fije un nuevo plazo, lo que en la práctica significa ausencia de limitación temporal.

Conceptualmente la idea de limitar la instrucción es adecuada, pues no parece lógico que una instrucción se pueda dilatar durante años sin cortapisa alguna. Esta limitación resulta ser una garantía para el propio investigado pues le permite conocer cuando terminará su situación de investigado. El problema surge cuando el asunto es especialmente complejo. En tales casos fijar una limitación temporal puede ser incluso una forma de impunidad para determinados delitos de instrucción compleja, que

---

de las partes personadas, por concurrir razones que lo justifiquen, el instructor, previa audiencia de las demás partes, podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción.

5. Cuando el Ministerio Fiscal o las partes, en su caso, no hubieran hecho uso de la facultad que les confiere el apartado anterior, no podrán interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los artículos 627 y 780 de esta ley.

6. El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda conforme al artículo 779. Si el instructor no hubiere dictado alguna de las resoluciones mencionadas en este apartado, el Ministerio Fiscal instará al juez que acuerde la decisión que fuera oportuna. En este caso, el juez de instrucción deberá resolver sobre la solicitud en el plazo de quince días.

7. Las diligencias de investigación acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos.

8. En ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 o 641.»



por otra parte suelen ser los que mayor alarma social causan, por lo que en principio podría parecer lógico esta cautela legal de permitir la ampliación de los plazos. No obstante, lo que subyace en este tema de la limitación temporal de la instrucción suele ser más un problema de medios técnicos y humanos que de otra cosa, por lo que hubiera sido mucho más efectivo establecer la posibilidad de que el instructor tuviera la opción de instar los medios necesarios. Obviamente, y como suele ser normal, al final con lo que topamos es con posible problema presupuestario de difícil solución.

En esta reforma y en lo que nuestro estudio se refiere es también significativa la previsión legal de que debe ser el Ministerio Fiscal (previa audiencia de las partes) el que inste al Juez la declaración de “*compleja*” de la instrucción o la de fijar prórrogas. Nuevamente nos encontramos con una previsión de difícil encaje. Si el juez es el que dirige la instrucción y ve pasar los meses sin llegar concluir, se tendrá que dirigir al Fiscal para pedirle que inste la declaración de “*compleja*” para poder seguir investigando, siendo el propio juez el que decida si la instrucción es compleja o no. Este procedimiento resulta absurdo, y ello es así porque en puridad está pensado para un Fiscal director de la investigación y un juez de garantías, pero no para el sistema que actualmente tenemos en vigor.

Ni que decir tiene, que en muchos casos la dilación en el proceso penal no es debida a que las leyes procesales no marquen un cauce procedimental adecuado, sino al mal uso que de las mismas se hace. Muchas veces la práctica forense nos demuestra cómo ciertas diligencias, que por reiteradas no dejan de ser inútiles o estériles, son además contrarias a la Ley. Pensemos en las declaraciones de imputados que en fase de instrucción se realiza muchas veces ante los propios funcionarios del Juzgado y no ante los jueces de instrucción: ¿de qué sirven tales

declaraciones? ¿a qué garantías de imparcialidad están sujetas? ¿cuál es su valor probatorio? Lamentablemente estas preguntas se responden por sí solas. Tal práctica, proscrita por la LECRIM, no puede ser imputable al legislador, sino a la falta de control por parte de los jueces de instrucción, que colapsados de trabajo delegan (sin amparo legal alguno) éstas y otras diligencias en sus funcionarios.

Pero es que además de nada sirve a la investigación la acumulación de diligencias inútiles que acaban engrosando el expediente de forma inútil<sup>31</sup>. Así por ejemplo, ¿de qué sirve a la investigación que testigos que declararon ante la policía y que no tienen nada más que añadir, vuelvan a ratificar su declaración en sede judicial, cuando el día del juicio van a tener que declarar nuevamente y será éste el único acto verdadero de prueba? A ello debemos añadir no sólo el eterno problema de falta de medios humanos y materiales de la Administración de Justicia, sino también la escasamente práctica distribución de funciones en los juzgados de instrucción, en los que la rutina burocrática no sólo obliga a jueces y funcionarios a realizar un trabajo desmesurado, sino que además impide el ejercicio de su verdadera función, que no es otra que la de servir a la investigación, y no a la mera burocracia.

---

<sup>31</sup> Como afirma DAMIÁN MORENO “hoy ya no cabe la menor duda de que la instrucción confiada a estos jueces resulta en muchos casos claramente perturbadora, ya que, animados por el afán de exhaustividad, han convertido el sumario en una sucesión interminable de diligencias, olvidando que el verdadero juicio no le corresponde y que esto les ha llevado a ser los verdaderos protagonistas del procedimiento, lo que ha favorecido las investigaciones indiscriminadas, desvirtuando con ello la función que les está encomendada”. DAMIÁN MORENO, Juan: *Los Juicios rápidos. La reconstrucción de una utopía*. Actualidad Jurídica Aranzadi, año XIII, nº 572, 3 de abril de 2003.

La solución al eterno problema de la dilación es precisamente la que terminológicamente ha venido marcando el legislador para la fase de instrucción: sumario, diligencias, etc. La fase de instrucción debe ser rápida, ágil, sin repetición de diligencias inútiles, y sobre todo con una mayor conexión entre la distintas Administraciones que pueden ser necesitadas durante la investigación. No es aceptable el sistema actual de envío de oficios, exhortos, cartas, faxes, etc. Existen otros medios telemáticos que agilizarían mucho las comunicaciones y pretender una Justicia ágil sin tener en cuenta tales avances tecnológicos es simplemente absurdo. De hecho algo se va avanzando en este campo, y así, la comprobación de antecedentes penales, la averiguación de situación económica, y otros datos fiscales, ya son hoy parte normal del trabajo informático que se realiza en el propio Juzgado durante la instrucción, pero falta necesariamente avanzar en la comunicación entre juzgados.

Otro problema que la nueva reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 24/2007, de 9 de Octubre) ha tratado de solventar es el de la dilación que provoca el hecho de que en los Juzgados de Instrucción no exista un Fiscal adscrito de forma permanente para que no sea necesario esperar su llegada para cada diligencia o actuación donde es requerido<sup>32</sup>. Así, la citada Ley nos dice expresamente en su Exposición de Motivos que “En esta materia la principal novedad se encuentra en la regulación de la estructura infraprovincial, que se realiza sobre la base de dos nuevas

---

<sup>32</sup> En este sentido debemos mencionar que la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de Octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional vino a introducir la posibilidad de que los Fiscales asistieran a ciertas actuaciones relevantes Durante la instrucción, tales como la vista prevista para acordar la prisión preventiva, mediante video conferencia. La práctica vino a poner en evidencia lo absurdo de tal posibilidad de ahí que la nueva Ley 24/2007 intente ir más allá.

figuras: las Fiscalías de Área y las Secciones Territoriales de las Fiscalías Provinciales. La finalidad de superar el actual sistema de adscripciones permanentes, los conocidos como destacamentos, y la necesidad de crear una estructura del Ministerio Fiscal a nivel del territorio de la provincia que permita la cercanía a los órganos jurisdiccionales no radicados en la capital, y que permita de futuro una eventual asunción de la dirección de la investigación penal por parte de los Fiscales, son razones suficientes para que esta Ley venga a articular la organización territorial en el seno de la provincia.

Para ello, se crean las Fiscalías de Área para los lugares que, sin ser capital de provincia, presenten aglomeraciones importantes de población y, en todo caso, una concentración significativa de órganos judiciales, que se singulariza, como supuesto concreto en que la creación del órgano será obligada, en aquellos supuestos en que las Audiencias Provinciales desplazan una Sección de modo estable. Estas nuevas Fiscalías son órganos autónomos y diferenciados de las Fiscalías Provinciales, y cuentan con un Fiscal Jefe designado mediante concurso, subordinado jerárquicamente al Fiscal Provincial, e integrado bajo la presidencia de éste último en la Junta de Coordinación que reúne a todos los Fiscales Jefes de Área de la Provincia y a los Decanos de la Fiscalía Provincial”.

Esta nueva estructura quizá venga a permitir una mayor cercanía del Fiscal durante la instrucción, pero lo cierto es que en la actualidad no existen fiscales para todos los juzgados. La solución pasa ineludiblemente por más personal y más medios técnicos y mejor redistribución de los recursos humanos y materiales.

Pese a todo lo expuesto en torno a la dilación de los procesos penales, lo que debe tenerse siempre en cuenta es el respeto a los derechos

fundamentales y garantías procesales, siendo así que como manifiesta el TS en Sentencia de 3 de Julio de 2003, “las especificidades de los denominados juicios rápidos, particularmente referidos a la celeridad en el enjuiciamiento, no pueden alterar el régimen de garantías del justiciable y deben propiciar una especial sensibilidad del órgano jurisdiccional para procurar que la persona y su conducta puedan hacer valer todos los instrumentos de defensa que sean pertinentes y necesarios para la realización de la justicia”<sup>33</sup>.

Otro aspecto importante que debe ser tomado en consideración es la distinción que a los presentes efectos debemos hacer entre instrucción e investigación. Como ya hemos apuntado la instrucción abarca una serie de actividades de carácter jurisdiccional, como son todo aquellas medidas que puedan afectar derechos fundamentales, que deben quedar en manos del poder judicial, como no puede ser de otro modo. La discusión se centra en la investigación penal y su posible atribución al Ministerio Fiscal. Precisamente no puede ser otro el debate, dado que sólo manteniendo un sistema plenamente garantista durante la fase de instrucción podremos avanzar hacia un proceso penal moderno y eficaz. Es por ello por lo que más que hablar de fiscal instructor debemos hablar de fiscal investigador, este es el debate y en estos términos debe buscarse la solución de consenso que permita un avance significativo en el proceso penal, que bajo premisas garantistas, nos lleve a una Justicia más eficaz y rápida.

## 2. Precedentes históricos de la figura del instructor

---

<sup>33</sup> Sentencia nº 991/2003 del TS, Sala de lo penal, de 3 de Julio de 2003.

Con el presente apartado no pretendemos realizar un estudio histórico exhaustivo de la figura del instructor, sino más bien conocer su origen de tal forma que nos permita una aproximación a la institución tal y como hoy la conocemos.

Una primera aproximación a la figura del instructor, aunque no concebida en los términos actuales, podemos encontrarla en el derecho romano. Así, en el proceso comicial en el que es una asamblea la que procede a votar la condena propuesta por el magistrado o la absolución del reo, podemos observar cómo aparece la *anquisitio*, que realmente supone una primera aproximación por parte del magistrado en relación a los hechos. En palabras de BURDESE *antes del día establecido para la reunión oficial, en tres sesiones sucesivas delante del pueblo reunido en contio no oficial, el magistrado procede a una preliminar anquisitio considerando la acusación y estimando las pruebas, mientras que el acusado derroca su defensa. Después de esto el magistrado, a no ser que deba desistir, pronuncia formalmente la acusación, que se resuelve en la propuesta de condena y que se presenta por las fuentes como iudicare alicui capitis poenam o bien multam inrogare*<sup>34</sup>. Pero lo cierto es que en esta *anquisitio* podemos ver con más nitidez una fase intermedia previa al juicio que una instrucción propiamente dicha.

Superando el proceso comicial, es a finales del siglo IV a. de J.C. cuando aparecen las *quaestiones*, configuradas como tribunales para juzgar, pero en los que la iniciativa de acusar está en manos de los particulares, quienes son formalmente la acusación dentro del proceso. Es pues una instrucción privada la que se desarrolla en este tipo de proceso. Aparece así

---

<sup>34</sup> BURDESE: *Manual de Derecho público Romano*, Barcelona, 1972, pág 314.

por vez primera un magistrado instructor que valiéndose de la policía encauza una investigación<sup>35</sup>.

No obstante, tales configuraciones jurídico-procesales fueron diluyéndose hasta hacerse imperceptible la separación entre proceso civil y penal. En el medievo va surgiendo nuevamente la separación entre ambos órdenes, pero poco a poco, dado que en un principio es el procedimiento acusatorio el que prevalece, pues estaba en manos privadas la iniciación del proceso y su desarrollo, convirtiéndose éste en un escalón intermedio hasta llegar a la justicia penal de carácter pública. Y dentro de este sistema de difusa separación entre el orden civil y penal, encontramos la *pesquisa* medieval, que aunque podríamos verla como primer embrión de la instrucción penal, en realidad se trataba de la práctica de una prueba civil, pero que por su valor en aras de la averiguación de la verdad se fue imponiendo en el propio proceso penal.

Pero no debe confundirse esta *pesquisa* con el proceso inquisitivo, pues en aquella el juez ordenaba la práctica de ciertas averiguaciones a personas de confianza y con autoridad, y en el proceso inquisitivo, “este tipo de pruebas se elevó a procedimiento completo, en el que tuvo un papel importante la Iglesia que lo utilizó en su jurisdicción y especialmente cuando se estableció la Inquisición, de ahí que desde entonces se denomine

---

<sup>35</sup> Pero en palabras de BURDESE “el principio de *accusatio* pública, propia del sistema de las *quaestiones*, se sustituye en el de *cognitio extra ordinem* por el principio de inquisitivo, realizado por el magistrado o funcionario, mediante órganos de policía, frecuentemente valiéndose de delatores particulares. La actividad inquisitoria se ejercita con arreglo a las prescripciones establecidas por el Emperador, corresponde a directrices de carácter general o bien a instrucciones para cada caso concreto... Al paso del sistema de acusación al de inquisición corresponde la decadencia del principio de oposición y del consiguiente valor de la defensa del imputado”. BURDESE: *Manual de Derecho público Romano*, Barcelona, 1972, pág. 334.

procedimiento inquisitivo, aunque su origen está en la *inquisitio* o *pesquisitio* medieval, que es anterior. Los principios fundamentales por los que se rige son que el juez deja de ser un mero árbitro para convertirse desde el primer momento en acusador y el acusado pierde en gran medida su condición de parte para convertirse en objeto de la persecución. La raíz de este tipo de procedimiento está en la confusión entre delito y pecado, que se arraiga en este momento, por lo que el proceso inquisitivo trata de conseguir por todos los medios la confesión del reo<sup>36</sup>; siendo pues sus bases *actuación de oficio, delaciones, denuncias anónimas, ocultación de testimonios, valoración del arrepentimiento (abjuración), secreto del sumario, incomunicación, tortura y no cancelación definitiva de las causas abiertas*<sup>37</sup>. Este proceso inquisitivo se mantuvo en vigor hasta el advenimiento del pensamiento ilustrado, que poco a poco fue introduciendo los grades valores que inspiraron la propia Revolución Francesa, y en concreto la libertad individual, que claramente se veía conculcada en procesos inquisitivos.

Así, la influencia de la Revolución Francesa en toda Europa fue ciertamente notable, y en concreto en lo que al aspecto jurídico se refiere. El modelo procesal penal del Antiguo Régimen debía se abolido al objeto de superar procesos inquisitivos en los que eran tan vulnerables los derechos individuales de los ciudadanos<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> MORAN MARTIN, Remedios: Historia del derecho privado, penal y procesal, Madrid, 2002, pág. 475.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pág. 520.

<sup>38</sup> Como afirma DÍEZ-PICAZO “el proceso penal liberal buscado por los revolucionarios de 1789 se cifraba, sustancialmente, en el principio acusatorio tal y como era entendido y practicado en Inglaterra, es decir: a) no debe corresponder al juez la investigación de los hechos delictivos y, por tanto, no existe una auténtica fase instructoria; b) la iniciativa y el mantenimiento de la acción



No obstante fue en época napoleónica cuando la idea de crear una Europa unida conllevaba la idea de codificación única, de exportar las ideas nacidas en el seno de una Francia pujante que en esos momentos determinaba los destinos de Europa. España no fue ajena a tal influencia y este sistema se introdujo también en el propio pensamiento jurídico de la época.

Pues bien, el sistema napoleónico introdujo la figura del Juez instructor, precisamente con el *Code d'instruction criminelle* de 1.808, que impuso el llamado sistema acusatorio formal, en el que el acusador debe probar la culpabilidad del imputado, y en el que investiga y decide si se abre o no el juicio propiamente dicho corresponde a un juez.

Podemos decir que no aparece un moderno Ministerio Fiscal que asuma la acusación pública desvinculándola de la actividad del juez hasta *el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835, que había de ser el principal texto normativo en materia procesal hasta la obra codificadora de la Restauración*<sup>39</sup>. Si bien se trataba de un Ministerio Público vinculado al Gobierno, lo cierto es que supuso un gran avance, pues aunque fuere de cara al plenario lo cierto es que, al menos de forma indirecta, otorgaba al juez mayor imparcialidad, pues le permitía desvincularse de la acusación asumiendo un papel más independiente. Pero ello, sin olvidar que el instructor seguía siendo un

---

penal debe corresponder a alguien distinto al juez; c) el acusador debe probar la culpabilidad del acusado". DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *El poder de acusar*, Barcelona, 2000, pág. 116.

<sup>39</sup> DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *Ibidem*, pág. 144.

Juez, pues el Ministerio Fiscal nacía precisamente para entablar la acción penal en el juicio pero no para instruir.

Así el sistema inquisitivo, con sus más y sus menos, sería el que funcionaría en nuestro país hasta el siglo XIX, que es cuando las corrientes liberales van dando paso a una progresiva introducción de garantías, que van otorgando al proceso penal connotaciones de corte acusatorio, como así reconoce la propia LECRIM en su Exposición de motivos al manifestar que “el Ministro que suscribe, de acuerdo con sus colegas, no ha vacilado en aconsejar a V.M. que dé un paso más en el camino del progreso, llevando en ciertas medidas el sistema acusatorio al sumario mismo, que es, después de todo, la piedra angular del juicio y la sentencia”. Así pues, hacia 1882 el aproximarse al sistema acusatorio es ya concebido como un signo de progreso, pues el respeto a ciertas garantías procesales se va configurando como signo de modernidad, pero todavía se trasluce un pensamiento ciertamente inquisitivo: configura al sumario como la piedra angular del juicio y la sentencia. Postura esta que ciertamente parece olvidar que en el acusatorio, tan sólo lo probado en el juicio oral es digno de ser tenido en cuenta para dictar sentencia.

Las reformas posteriores a la LECRIM, así como el advenimiento de nuestra Constitución actual fueron introduciendo cambios y nuevas garantías procesales que han venido a configurar nuestro sistema actual, no por ello exento de críticas, y pendiente siempre de nuevas configuraciones tendentes a remodelar la instrucción y la figura del instructor, pues es éste el tema que continúa pendiente en nuestro proceso penal.

### 3. Naturaleza jurídica de la instrucción penal

Hablar en cualquier materia jurídica de naturaleza jurídica implica inexorablemente plantear un tema polémico sujeto a distintas opiniones, pero no por ello menos interesante. Así precisamente en este punto, el dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de la instrucción nos permitirá conocer qué tipo de garantías jurídicas le deben ser propias en atención a su naturaleza, y de ahí la importancia del tema, no ya por determinar una cuestión discutible, sino por enmarcar un cuadro de garantías que deben quedar amparadas durante la instrucción.

Compartiendo la opinión de GÓMEZ COLOMER y aún siendo un tema controvertido en la doctrina española, entendemos que no debe cuestionarse el carácter jurisdiccional de la instrucción, máxime si la consecuencia inmediata de tal forma de entender la instrucción es la ampliación de garantías procesales que ello implica<sup>40</sup>.

Tal planteamiento es coherente, por cuanto decisiones de tan importante calado para el inculpado no pueden provenir de otro órgano que no sea jurisdiccional. Pero lo cierto es que instruir es algo más que tomar decisiones relevantes en orden a la continuación o finalización del proceso,

---

<sup>40</sup> “El procedimiento preliminar tiene naturaleza jurisdiccional por el fundamental argumento siguiente: Con base únicamente en el sumario se puede resolver la absolución o condena, tanto penal como civil, del acusado, por ejemplo, cuando se conforma con la pena solicitada en la calificación provisional, pues entonces no hay juicio oral. Es más, cuando se sobresee libremente, con efectos de cosa juzgada, también se actúa con base únicamente a diligencias sumariales, lo que sería inconcebible si el procedimiento preliminar no tuviera naturaleza jurisdiccional”. MONTERO AROCA, Juan y otros: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, 2003, pág. 119. Entre los autores de este libro se encuentra GÓMEZ COLOMER, cuya cita ha sido transcrita ut supra.

porque para llegar a ellas se hace preciso una actividad de investigación, y es aquí donde suele surgir la polémica en torno a la naturaleza jurídica de la investigación propiamente dicha. Lo cierto es que con independencia de quién dirija la investigación criminal, tal actividad es desarrollada por la policía judicial, y ésta está incardinada dentro del Ministerio del Interior y por tanto su carácter administrativo es claro.

Así, y llegado a este punto, la cuestión es ¿quién investiga en nuestro sistema penal? ¿El juez de instrucción sirviéndose de la policía judicial, como puede servirse de cualquier otra Administración para obtener la información que precise en orden a la investigación de los delitos? o ¿es la policía judicial la que investiga y remite al juez de instrucción sus averiguaciones para que sea el juez el que se encargue de su tramitación procesal correspondiente? Aunque en la práctica sea la policía judicial la que lleve a cabo la investigación y se dirija al juez cuando necesite de su intervención en orden a la realización de determinadas diligencias que exijan su autorización, lo cierto es que nuestro sistema procesal penal está pensando en una instrucción dirigida y en manos del juez de instrucción, es decir, se parte de un juez investigador. El problema se plantea, como es bien sabido, por la escasez de medios con que cuenta el Juez para poder dirigir con eficacia una investigación.

Pero ¿y si fuese el Ministerio Fiscal el que asumiera la investigación de los delitos y el juez pasara a ser el juez de garantías, el juez imparcial que tan sólo tomara durante esta fase del proceso aquellas decisiones que pudieran afectar derechos fundamentales? Aquí el problema se complica porque si partimos de la tan discutida naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal, ¿cómo podemos calificar la investigación por él llevada a cabo? Desde el momento en que esa investigación está desligada de decisiones

propias de los órganos jurisdiccionales podemos decir que su naturaleza es más cercana al carácter administrativo y ello pese a que el Ministerio Fiscal no es un mero órgano administrativo. Su incardinación constitucional dentro del Título VI Del Poder Judicial, nos debe llevar a pensar que aunque con autonomía funcional no deja nunca de estar ligado al Poder judicial, y como tal su actuación debe ser más rigurosa y garantista que le que realice cualquier órgano de la administración pública, y por tanto más cercana a cauces procesales que administrativos.

Desde esta óptica el estudio de la contradicción como medio de comprobar el carácter procesal de la instrucción se configura como el camino más seguro. Mientras la actividad jurisdiccional está presidida por el principio de contradicción, ello no ocurre en la actividad administrativa. Por ello, y aunque la investigación recayera en manos del Ministerio Fiscal, no dejaríamos de predicar su eminente carácter procesal, porque siempre existirá contradicción desde el momento en que las decisiones importantes que pudieran afectar derechos fundamentales provendrían de un órgano jurisdiccional, calificado como juez de garantías.

En este punto, afirma CARNELUTTI con mucha razón y prosa acertada que “aquí se debe decir claramente que el ministerio público y el defensor están hechos para contradecirse; su contradicción es necesaria al juez como el oxígeno en el aire que respira. La duda es un pasaje obligado en el camino de la verdad; ¡ay del juez que no duda! A fin no tanto de que pueda cuanto de que deba dudar, operan ministerio público y defensor. No tanto la posibilidad cuanto la efectividad del contradictorio, son una garantía imprescindible de la instrucción. Tanto más vale esta garantía

cuanto más equilibradas estén las fuerzas de los dos luchadores”<sup>41</sup>. Plantear la contradicción como base del proceso penal, incluso durante la instrucción es desde luego acertado, pero mucho más es reconocer que tan sólo desde esta perspectiva es posible el esclarecimiento de los hechos, la búsqueda de la verdad material, el hacer verdadera Justicia.

Así y aunque a nuestro modo de ver la naturaleza del sumario, como fase instructora, sea de carácter procesal, o al menos eminentemente procesal, lo cierto es que también existen autores que abogan por pretender su carácter administrativo, aunque mayoritariamente esta postura está matizada en el sentido de ver en la instrucción la doble naturaleza administrativa y jurisdiccional. Pero, como hemos apuntado, desde un punto de vista garantista es mucho más acertado pensar que la instrucción es parte integrante del proceso penal, precisamente para que los derechos del imputado queden salvaguardados dentro del ámbito jurisdiccional.

Contrario al carácter jurisdiccional absoluto de la instrucción se pronuncia PASTRO LOPEZ<sup>42</sup>, aunque partiendo de una instrucción en manos del juez. Pese a ello, lo cierto es que en nuestro sistema procesal penal actual, podemos considerar la instrucción como parte del proceso,

---

<sup>41</sup> CARNELUTTI, Francesco: *Principios del proceso penal*. Buenos Aires, 1971, pag. 144.

<sup>42</sup> “El carácter administrativo de la instrucción preliminar se apoya en la consideración de que en tal actividad el órgano instructor carece de la nota institucional del proceso, de la imparcialidad, porque no opera sobre datos que le son proporcionados por otros sujetos situados en un plano inferior y a través de una actividad contradictoria, sino que es el propio instructor el que investiga los hechos pasados para, en base de ellos, formalizar la acusación. El instructor sea cual fuese el nombre con que se le designe está colocado formal y materialmente por encima de la contienda que en todo proceso subyace, sino que es un sujeto que interviene directamente en la misma y que realiza una función característica de parte”. PASTOR LOPEZ, Miguel, *El proceso de persecución*, Valencia, 1979, pág. 25.

primero porque la imparcialidad se predica como principio para la actuación de los jueces (y si pensamos en el Ministerio Fiscal lo mismo) y segundo porque no sólo en la existencia de dos partes en pie de igualdad debemos inferir la existencia de proceso, pues la necesidad de que exista una actuación jurisdiccional en aras a garantizar los derechos fundamentales del imputado, denota claramente su naturaleza procesal. No obstante, matiza PASTOR LÓPEZ que cabría hablar de dos tipos de actividades, las propiamente jurisdiccionales y las meramente administrativas<sup>43</sup>. Verdaderamente la instrucción penal es algo más que mera investigación (ya sea policial, directa del Juez instructor o del Ministerio Fiscal), pues abarca todas aquellas resoluciones provisionales o definitivas que de un modo u otro afecten al imputado, dado que incluso está en juego en esta fase su propia libertad. Así, no puede confundirse instrucción con investigación, ya que si bien la investigación es perfectamente asumible por otros órganos (tales como el Ministerio Fiscal), el control sobre el respeto de los derechos del imputado siempre debe estar en manos jurisdiccionales.

Pero claro, es aquí donde puede hacer agua el sistema actual en el que el Juez instruye, porque su imparcialidad en la toma de decisiones de carácter jurisdiccional está en entredicho, dado que su posición como parte investigadora, le invalida como juez imparcial a la hora de decidir sobre limitaciones a derechos fundamentales. Precisamente en este punto es donde se apoyan quienes mantienen que la instrucción tiene naturaleza administrativa. El hecho de que durante la instrucción no opere de forma clara la imparcialidad judicial, desde el momento en que el mismo juez es el

---

<sup>43</sup> “Las actividades que se integran en nuestro procedimiento instructorio son, por su intrínseca naturaleza, de dos clases: unas, las principales, jurisdiccionales; otras, en realidad accesorias, meramente administrativas... nuestro procedimiento instructorio tiene naturaleza mixta o compleja, en parte jurisdiccional y en parte administrativa, aunque predomine la primera”. *Idem*.

que investiga, es base para plantear la naturaleza administrativa de la instrucción, como así apunta VIADA<sup>44</sup>. Y aunque tal planteamiento tiene su base en dudar de la imparcialidad del juez instructor, lo cual resulta acertado, no por ello debemos predicar la naturaleza administrativa de la instrucción como la mejor de las opciones, pues es evidente que la actividad del juez debe estar presidida por la imparcialidad y si en el sistema actual no podemos afirmarlo, no por ello debemos dejar de exigirlo<sup>45</sup>. Pues bien, ¿cómo puede llevarse a cabo esta labor imparcial de decisión durante la instrucción, si al mismo tiempo se investiga, se inquiriere un hecho delictivo con ánimo de buscar al culpable?

Pero quizá una de posturas también coherente en esta materia la mantiene DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, quien aboga por una naturaleza mixta de la instrucción atendiendo a la propia naturaleza de cada acto concreto dentro de la instrucción<sup>46</sup>. Igualmente serían más bien de naturaleza administrativa los actos de preconstitución de prueba (inspección ocular, las del cuerpo del delito, etc.).

---

<sup>44</sup> VIADA LOPEZ-PUIGCEVER, Y ARAGONESES Alonso: *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1968.

<sup>45</sup> Como afirma ARAGONESES “la imparcialidad es una especie determinada de motivación, consistente en que la declaración o resolución se orienta en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente. La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad”. ARAGONESES ALONSO, Pedro: *Proceso y derecho procesal. Concepto, naturaleza, tipos, método, fuentes y aplicación del derecho procesal*, Madrid, 1960, pág. 90 y 91.

<sup>46</sup> Así, afirma el citado autor que “la actividad de investigación propiamente dicha es una actividad ajena a la jurisdiccional, de naturaleza más bien administrativa, que, en cuanto tiene de captación de información sobre el hecho cometido y por tanto investigado, es propia de la actividad de policía criminal”. LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de: *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001, pag. 50.



Pero cuando pensamos en actos de anticipación de pruebas, medidas cautelares reales y personales, medidas instrumentales restrictivas de derechos, etc. en las que se exige una decisión jurisdiccional es obvio que nos encontramos ante actos de puro carácter procesal, siendo notas características de tales decisiones el haberse acordado bajo premisas propiamente procesales: contradicción entre las partes y decisión jurisdiccional imparcial, y dado que tales decisiones son las más trascendentes dentro de la instrucción no debemos en modo alguno negar el carácter jurisdiccional de la instrucción, pero sin dejar de exigir que la misma recaiga en jueces verdaderamente imparciales y además con apariencia de imparcialidad.

El problema, como ya hemos apuntado, es cuando la confusión de papeles durante la instrucción, nos lleva a que la decisión jurisdiccional (por ser el juez el que instruya) no venga revestida de la tan necesaria imparcialidad, nota consustancial a toda resolución judicial. Porque no es imparcial, no puede ser imparcial, quien siendo investigador debe asimismo decidir sobre lo que previamente ha investigado<sup>47</sup>.

Finalmente no debemos olvidar, como certeramente apunta ARMENTA DEU<sup>48</sup>, que dada la tendencia actual de ir potenciando la conformidad en la fase de instrucción, resulta mucho más garantista el

---

<sup>47</sup> En este sentido afirma CARNELUTTI que “los errores técnicos no son nunca inocuos; éste de que el juez se vea constreñido a hacerse parte, consecuencia inevitable de haber puesto un procedimiento jurisdiccional en lugar de un procedimiento administrativo, constituye ciertamente una de las calamidades más dolorosas del procedimiento penal tal y como está actualmente ordenado”. CARNELUTTI, Francesco: *Principios del proceso penal*. Buenos Aires, 1971, pag. 105.

<sup>48</sup> ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2013, pág. 119.

considerar como jurisdiccional la fase de instrucción, sencillamente porque esa eventual sentencia de conformidad se impondría sin garantía jurisdiccional y claro eso resultaría del todo inaceptable.

#### 4. Principios que deben inspirar la instrucción penal

Partiendo de todo lo expuesto, debemos fijarnos ahora en los principios que deben regir la fase de instrucción. Principios procesales que introducen las garantías básicas durante esta fase del proceso penal, pero que también marcan pautas de cómo debe ser la instrucción, y bajo que premisas debe funcionar. No estar en nuestro ánimo analizar todos y cada uno de los principios que pueden afectar a la instrucción penal, sino centrarnos en aquellos que pueden ser más significativos de cara al estudio de la figura del instructor.

##### 4.1. Principio de contradicción

Quizá una de los principios que con más actualidad viene imponiendo exigencias durante la instrucción sea el principio de contradicción, que aunque tiene su colofón en el juicio oral, no por ello debemos dejarlo de lado durante la instrucción, pues durante esta fase su importancia es también incuestionable. Dicho principio, conectado a los de igualdad de armas, de defensa, de audiencia, e implícito en el derecho a un proceso con todas las garantías se va, poco a poco, configurando como la superación del modelo acusatorio y por supuesto inquisitivo, pues supone un paso más en la proyección que la dicotomía entre salvaguardia de los derechos del acusado y eficacia de la Justicia, debe tener en el proceso penal.

DE URBANO CASTRILLO indica, citando a BELING, que “el principio de contradicción ha sido definido como aquel que exige al tribunal que tenga en cuenta las alegaciones fácticas y las proposiciones probatorias de las partes, de tal manera que considere verdaderos todos los hechos no discutidos entre las partes, y que haga caso omiso de todos los hechos y medios de prueba no alegados por las partes”<sup>49</sup>. Vemos aquí una proyección de tal principio pensándose en el juicio oral, pero que deja entrever la esencia del mismo: se hace necesario que la confrontación de pruebas se produzca entre las partes pero ante el juez, y ello proyectado a la instrucción, viene a introducir una concepción distinta de la misma, pues exige mayor intervención de las partes durante la instrucción, tanto del Ministerio Público, como de los abogados de acusadores y acusados.

Lo cierto es que en fase de instrucción el principio de contradicción exige que las partes tengan la opción de participar en las diligencias que se realicen, algo bastante olvidado en nuestro proceso penal, pues al evidenciarse el juicio oral como la verdadera culminación del proceso, y sin dejar ello de ser cierto, se ha olvidado la introducción de la contradicción en fase de instrucción, pensándose quizá que con estuviera presente durante el juicio oral era suficiente.

Pero debemos llamar la atención de que durante la instrucción es de vital importancia también la salvaguardia de la contradicción, como exigencia de un proceso con todas las garantías, y así donde más importancia tiene este principio es en aquellas diligencias que pueden

---

<sup>49</sup> De URBANO CASTRILLO, Eduardo: *El principio de contradicción en el proceso penal*, Diario La Ley n° 5474, Lunes, 4 de Febrero de 2002. Este autor cita a BELING, Ernst, *Derecho Procesal Penal*, 1943, pág. 26.

perjudicar más al imputado, y en la práctica de pruebas preconstituidas, las cuales en ausencia de contradicción dejan de tener valor alguno y se convierten en meras diligencias de nulo valor para sostener una acusación.

La cuestión que se plantea en este punto es que la contradicción se ejerce *frente* a parte, pero esta afirmación tan evidente, choca quizá en la fase de instrucción con la propia concepción que la misma tiene en nuestro proceso penal. La cuestión, dicho sea de otro modo, es si la contradicción se practica *ante o frente* al juez. Evidentemente debe ser *ante* el juez, quien en suma debe controlar el debate contradictorio, pero lo cierto es que si, como en nuestro sistema, nos encontramos con un juez instructor, ¿ante quién se ejercita y quien modula la práctica de diligencias contradictorias? Lo cierto es que, por mucho que se quiera, la contradicción en este punto se ejerce *frente* al juez de instrucción, y ello no deja de ser un planteamiento que deja vacío de contenido el propio principio de contradicción. Si en fase de instrucción un juez interroga a un testigo, sin que asista el Ministerio Público, que si estuviera presente en todo caso permanecería expectante, y aunque al abogado del imputado se le permita participar en el interrogatorio, el debate contradictorio se produce entre juez y abogado, y por ende, no podemos hablar en puridad de aplicación del principio de contradicción.

Se hace pues necesario dar un paso adelante en la asunción del principio de contradicción durante la instrucción, de tal forma que las diligencias contradictorias se produzcan *entre* partes y *ante* el juez de instrucción, asegurándose de esta forma que la contradicción verdadera permita un mayor esclarecimiento de los hechos. Tal sistema permitiría dar virtualidad a la fase de instrucción en lo que verdaderamente es importante en la misma: preparar el juicio oral y dar argumentos al juez para decidir si

debe o no abrirse la fase de juicio oral. Si las diligencias de investigación se practican con contradicción, incluidas las declaraciones de testigos, imputados, etc, se evitaría que muchos asuntos faltos de pruebas inculpatorias llegaran a juicio, lo cual no sólo agilizaría la Administración de Justicia, sino que evitaría al justiciable el tener que pasar por el trance del juicio oral cuando no sea imprescindible.

Esta necesidad de contradicción en fase sumarial viene siendo exigida incluso por el TEDH que en Sentencia de 26 de Abril de 2001 ya afirma que “el principio de contradicción procesal posee la función de facilitar la preparación de la defensa en condiciones de igualdad de medios de prueba”. Igualmente la Sentencia de 13 de Febrero de 2001 considera que se vulnera el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando se deniega el acceso al sumario, pues se conculca el derecho a un juicio equitativo.

#### 4.2. Principio de audiencia

Íntimamente unido al principio de contradicción, el principio de audiencia implica el “dar la oportunidad de defenderse,... Lo relevante es, pues, que a nadie se le condene sin que haya tenido una verdadera posibilidad procesal de alegar (de palabra o por escrito) y de hacer (proponer y practicar pruebas) lo que vea conveniente dentro de los límites legales, en su caso, de la defensa”<sup>50</sup>. Se trata de un principio relacionado con el derecho de defensa, y por tanto, de profundo calado constitucional al estar implícito en el art. 24 CE.

---

<sup>50</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1995, pág. 28.

Pero, ¿cuál es su virtualidad durante la instrucción? A nuestro modo de ver resulta obligado pensar que el principio de audiencia debe estar presente durante la fase de instrucción. La única posibilidad de forjar una defensa adecuada es tener la posibilidad de ser oído y poder instar diligencias de investigación durante la instrucción. No olvidemos que durante esta fase se prepara el juicio oral, y difícilmente se puede preparar si no se da opción de intervenir en la instrucción. El imputado no debe ser considerado como un sujeto pasivo de la instrucción, sino como una parte procesal, con reconocido derecho a defenderse. Pero es más, durante la fase de instrucción también se puede llegar a la convicción de la innecesaridad del juicio oral. Ante hechos que no revistan carácter delictivo o simplemente por inexistencias de pruebas inculpatorias, el principio de audiencia se configura también como un derecho de todas las partes a alegar en un sentido u otro sobre la decisión de abrir o no el juicio oral.

Un aspecto importante del principio de audiencia en su repercusión durante la instrucción lo tenemos en la posibilidad del imputado de instar diligencias de investigación tendentes a su defensa. No debemos olvidar que el Ministerio Público suele instar diligencias de investigación en aras al esclarecimiento de los hechos, pero en muchos casos se *olvida* el instar diligencias que pudieran resultar favorables para el imputado, por lo que la defensa debe tener reconocida esa posibilidad. El derecho a practicar diligencias en fase de instrucción resulta ser un aspecto importante del principio de audiencia. Así, al ser el Juez instructor el director de la instrucción, la defensa puede dirigirse a él para instar la práctica de aquellas diligencias que estime necesarias para su defensa, pudiendo el juez practicar aquellas que estime conveniente y siempre cuidando de no causar indefensión. Pero el problema se nos plantea cuando pensamos en una

instrucción dirigida por el Ministerio Público en la que la Policía Judicial quedaría bajo el ámbito de competencia del Fiscal.

En tales casos, ¿a quién se tendría que dirigir el defensor para instar diligencias de investigación? Es evidente que si el imputado de forma privada se ve en la necesidad de aportar tales diligencias a la instrucción, ello redundaría de forma muy negativa en el derecho a un juicio justo, pues quienes pudieran permitírselo acudirían a juicio con toda una batería de pruebas preparadas de forma privada, dejando indefensos a quienes, por carecer de medios económicos, no pudieran llevar a cabo una investigación privada paralela. Pensamos que la solución, vendría siempre a través de la actuación jurisdiccional de los jueces que actuaran durante la instrucción, de tal forma que las partes pudieran instar al juez a que se practicaran diligencias que permitieran ejercer con eficacia el derecho de defensa. Y aunque es cierto que pedir no es conceder, cuando se insta la práctica de diligencias no se exige que se lleven a cabo de forma inexcusable, pues en todo caso el juez tendrá la opción de practicarlas o no, y ello en atención a las circunstancias concretas, pues el principio de audiencia no implica obligatoriedad en la práctica de pruebas por parte del órgano jurisdiccional, sino que implica la prohibición de que una parte se vea perjudicada por una resolución sin haber tenido opción de defensa.

Aunque, bien es cierto, que antes del juicio oral el acusado tiene la opción de solicitar la práctica de pruebas que estime oportunas para que se practiquen durante la vista (expresión clara del principio de audiencia), lo cierto es que esperar a tal momento puede implicar en primer lugar una innecesidad de actuaciones que hubieran podido evitarse durante la instrucción, y en segundo lugar, se obliga en todo caso a tener que acudir a

juicio, denegándose la opción del previo sobreseimiento por falta de condiciones para acudir a juicio.

#### 4.3. Principio de igualdad

El principio de igualdad implica que “las partes del proceso dispongan de los mismos derechos, oportunidades y cargas en orden a defender sus respectivas posturas”<sup>51</sup>. Esta es la premisa, pero en el proceso penal encontramos una serie de particularidades que matizan este primer enunciado, en particular durante la fase de instrucción, donde es indudable que este principio se ve condicionado por la necesaria preeminencia del Estado. El *ius puniendi* en esta fase del proceso requiere una serie de *ventajas* sobre el imputado en aras a que la propia investigación no se malogre. Ventajas que sólo tienen razón de ser durante la instrucción, pues durante la fase de juicio oral, el principio de igualdad se convierte en elemento incuestionable del mismo. Así, estas ideas ya fueron puestas de manifiesto en la propia LECRIM aportando como justificación, el que precisamente sea el delincuente el que con su actitud obliga a abrir el proceso, y ante esa ventaja de conocimiento de su ilegalidad, al Estado no le queda otra opción que habilitar medios de investigación que le permitan el esclarecimiento de los hechos<sup>52</sup>, entre los que se encuentran las medidas cautelares.

---

<sup>51</sup> BERZOSA FRANCO, Victoria: *Principios del proceso*, Justicia 92, Año 1992, nº III, pág. 569.

<sup>52</sup> En este sentido, la LECRIM es bastante clarificadora, pues en su Exposición de motivos ya venía a comentar el tema que nos ocupa en los siguientes términos: “Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro; desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable. Desde que surge en su mente la idea del delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerle, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse de la acción de la justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la



Así, es aceptable que el principio de igualdad quede matizado durante la fase de instrucción<sup>53</sup>, pero ello siempre que esa desigualdad ni implique indefensión, y por supuesto, siempre que esa desigualdad no se traslade al juicio oral, fase durante la cual el principio de igualdad debe convertirse en uno de los que con mayor importancia rija esta fase.

Dicho principio de igualdad viene expresamente recogido genéricamente en el art. 14 CE, no obstante su proyección procesal no deviene de tal precepto sino del art. 24 CE, pues no puede ejercerse el derecho defensa consagrado en dicho artículo sin un respeto claro del principio de igualdad<sup>54</sup>.

Quizá durante la instrucción el derecho que no puede quedar anulado es el derecho a designar abogado y a que este pueda tener una participación

---

víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para restablecer, pues, la igualdad en las condiciones de la lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de culpabilidad de su autor”.

<sup>53</sup> Afirma GIMENO SENDRA que “uno de los problemas primordiales de la instrucción contemporánea es el establecimiento de unas medidas cautelares y aseguratorias que garantizando el éxito de la instrucción, no coarten el derecho a la defensa del imputado hasta el punto de hacerla inviable, pues en el proceso penal actual, y a diferencia del inquisitivo, el procesado es sujeto y no objeto de la instrucción y a la determinación del hecho punible deben intervenir tanto las partes acusadoras como el propio imputado”. GIMENO SENDRA, Vicente: *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid, 1981, pág. 184.

<sup>54</sup> Como certeramente apunta BERZOSA “en la medida en que la vulneración del principio de igualdad dará origen a la del derecho de defensa, impedirá que el proceso se desarrolle con todas las garantías y pondrá muy en duda que el litigante colocado en situación de desigualdad haya obtenido una tutela judicial efectiva”. BERZOSA FRANCO, Victoria: *Principios del proceso*, Justicia 92, Año 1992, nº III, pag. 570.

activa durante esta fase, que se conecta con el derecho de defensa, pero que tiene su base en el principio de igualdad, por cuanto implica el posicionar al imputado en un estado de igualdad de conocimientos jurídicos frente a la acusación. El abogado se convierte así en la *palabra técnica* del imputado, que al ser desconocida por éste, no encontraría otro cauce para hacer eficaz la defensa.

Finalmente y como afirma RAMOS MÉNDEZ “la filosofía de la garantía de igualdad es un reto continuo a conseguir ese difícil equilibrio entre su formulación teórica y su materialización práctica”<sup>55</sup>. No nos encontramos pues ante una formulación definida de forma genérica, sino que la aplicación del principio de igualdad debe subyacer en cada fase procesal, en cada acto procesal, como principio inspirador del proceso.

#### 4.4. Principio de oficialidad versus dispositivo

En el proceso penal y por ende durante la instrucción el principio de oficialidad marca las pautas a seguir, pues es claro que nos encontramos ante actuaciones dirigidas por el Estado que es quien asume el *ius puniendi*<sup>56</sup>. Ello no quiere decir que los particulares no tengan la opción de ejercitar tanto acusación particular como acción popular (reconocida ésta incluso en el art. 125 CE), pero la elaboración en si misma de la instrucción, del material de investigación, debe quedar en manos públicas, sin sujeción a los vaivenes privados, que por otra parte sí están legitimados para solicitar

---

<sup>55</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El sistema procesal español*, pág. 42.

<sup>56</sup> “Los actos de que se componen y su objeto, no están subordinados al poder de disposición de sujetos particulares, sino que dependen de la actuación de órganos públicos... el Estado asume el monopolio del *ius puniendi*, impidiendo que los particulares dispongan de la consecuencia jurídico-penal del delito, esto es, de la imposición de la pena”. BERZOSA FRANCO, Victoria: *Principios del proceso*, Justicia 92, Año 1992, nº III, pág. 578.

la práctica de aquellas diligencias que estimen oportunas, aunque la decisión sobre su práctica recaiga en el instructor<sup>57</sup>.

Pero la oficialidad durante la fase de instrucción no sólo implica que la decisión de iniciar la actividad procesal venga del propio órgano jurisdiccional, sino que basta con que tal iniciativa provenga de un órgano público, cual es el caso del Ministerio Fiscal. Oficialidad implica pues, “la necesidad de que comience un proceso penal siempre que aparezca el interés público de no dejar sin respuesta jurídico penal una conducta con fisonomía criminal”<sup>58</sup>, y tal interés público puede venir representado tanto por la actuación del Juez de instrucción como por la del Ministerio Fiscal<sup>59</sup>.

El propio art. 303 LECRIM declara que “la formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los jueces de instrucción ...” Y ello precisamente porque lo importante no es de dónde venga la *notitia criminis*, que puede venir de particulares, sino que la oficialidad radica en la decisión de incoar, que siempre será tomada por el

---

<sup>57</sup> Incide en este asunto GIMENO SENDRA al afirmar que “el principio de oficialidad es decisivo, pues, para la formación del sumario (de aquí, esa labor de preparación del juicio) proporcionará a las partes los fundamentos de hecho de sus respectivos escritos de calificación provisionales (art. 650.1: <<hechos punibles que resulten del sumario>>). Pero la afirmación sobre los mismos corresponde a las partes acusadoras y acusadas en los mencionados escritos”. GIMENO SENDRA, Vicente: *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid, 1981, pág. 209.

<sup>58</sup> LLEVOT CLAVET, Concepción: El proceso con todas las garantías: acusación y defensa. Igualdad de armas. Principio acusatorio y principio de oficialidad. Estudios jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales, “Garantías procesales de los derechos fundamentales en el orden penal” II-1999, Madrid, 1999, pág. 850.

<sup>59</sup> Se exceptuarían de tales afirmaciones los delitos privados (calumnia o injuria) que requieren la intervención privada como querellante como requisito de perseguibilidad. En parecidos términos los delitos semipúblicos o semiprivados también requieren al menos denuncia del agraviado, lo que igualmente impide una aplicación del principio de oficialidad al menos en lo que a la iniciación del proceso se refiere.

propio instructor. El hecho de que la decisión de iniciar el proceso penal venga tomada por el instructor implica que, por las graves consecuencias que ello puede acarrear al imputado, no está en manos privadas, lo cual se configura en cierto modo como una garantía, dado lo peligroso que puede resultar el uso privado del derecho penal. Afortunadamente el ejercicio del *ius puniendi* es prerrogativa pública y no puede estar en manos exclusivamente privadas. Precisamente por ello el art. 105 de la LECRIM manifiesta que “los funcionarios del Ministerio fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que considere procedentes...” Estamos pues ante la acción penal oficial, es decir, ante la aplicación del principio de oficialidad a la acción penal<sup>60</sup>.

Debemos plantearnos también que cuando es el juez instructor el que decide sobre la incoación de un determinado proceso penal, nos encontramos ante una decisión de carácter jurisdiccional, y por ende sometida al régimen de recursos correspondientes, pues bien se puede acudir al órgano superior tanto para solicitar la incoación de la investigación, como para el sobreseimiento de un asunto ya incoado. Pero la duda surge cuando pensamos en un Ministerio Fiscal instructor. En tal caso, tanto la defensa como la acusación deben tener la opción de instar en defensa de sus intereses ante el órgano jurisdiccional que procediera, tanto el sobreseimiento como la incoación del procedimiento, de forma que la decisión sea susceptible de recurso y no quede mermado el derecho a la

---

<sup>60</sup> Pero, como afirma GIEMENO SENDRA “los principios de oficialidad y de legalidad no pueden ser exagerados hasta el punto de que el MF esté obligado a interponer siempre la acción penal ante la comisión de cualquier hecho punible, ni de que, una vez instaurado el proceso no pueda en ningún caso desistir de la pretensión interpuesta”. GIEMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 131.

tutela judicial efectiva. Lo que no puede olvidarse, por otro lado, es que el Ministerio Fiscal cuando adopta la decisión de no iniciar el proceso penal, esto es, de no ejercer la acción penal, tal decisión es irrecurrible<sup>61</sup>, y ello, como afirma REDONDO HERMIDA por dos motivos, por *la condición de institución constitucional, a la que corresponde determinar el modo de ejercer sus funciones, expresadas en el art. 124 de la Constitución Española, y el hecho de que el perjudicado o agraviado tiene legitimación procesal para actuar*<sup>62</sup>. Así pues, aunque la instrucción recaiga en manos del Ministerio Público lo que no puede es privarse a los particulares de poder ejercer la acción penal, aun en contra de los criterios de la Fiscalía.

#### 4.5. Principio de oportunidad

El principio de oportunidad puede incidir sobre la instrucción en la medida en que su aplicabilidad implica la posibilidad dejar de perseguir una conducta típica por motivos de política criminal<sup>63</sup>. No obstante, en nuestro ordenamiento se hace necesario armonizar dicho principio con el de legalidad, de tal forma que su aplicación no implique dejar vacío de contenido dicho principio constitucional, que de hecho proscribiera la arbitrariedad en el ejercicio de la acción penal. No olvidemos que el principio de legalidad es también un principio que rige de forma clara la

---

<sup>61</sup> Con ello no quiere decirse que pueda actuar con impunidad, pues a lo que sí está sujeto es al régimen disciplinario por incumplimiento de sus obligaciones.

<sup>62</sup>“Los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los requisitos previstos por la norma, a hacer o no uso de su ejercicio, dejando de ejercitar la acción que ostentan en régimen de monopolio o provocando la iniciación del procedimiento e incluso, una vez iniciado éste, pueden las partes acusadoras con la autorización judicial obtener un sobreseimiento por razones de política criminal aun cuando concurren los presupuestos de la apertura del juicio oral”. REDONDO HERMIDA, Alvaro: *La revisión de la decisión del Fiscal de no ejercitar acciones*, Revista del Ministerio Fiscal, nº 5, 1998, pág. 237.

<sup>63</sup> *Idem* nota 32, pág. 110.

actuación del Ministerio Fiscal y por tanto su incidencia en la instrucción es clara.

Pues bien, la aplicabilidad del principio de oportunidad en nuestro proceso penal, no sólo es discutible, sino que incluso se hace necesario compatibilizarlo con la propia Constitución. Pero lo cierto es que paulatinamente se va hablando cada vez más del principio de oportunidad en relación sobre todo a la iniciación del proceso penal. Oportunidad sobre todo en el ejercicio de la acción penal. Así, lo realmente complicado es determinar cuándo es oportuno ejercitar la acción penal, porque en teoría siempre que se comete un delito debe ser *oportuno* ejercer la acción penal, y si no es *oportuno* es que la conducta no debía ser delito.

De hecho, el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobados por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011 ha venido a introducir de pleno en el debate sobre el futuro nuevo proceso penal la aplicación del principio de oportunidad. Se prevé introducir el “archivo por oportunidad” pero sometido a elementos reglados sujetos a control judicial, aunque obviamente se abre un espacio de valoración discrecional que realiza el Ministerio Fiscal. Nos dice el art. 148 del citado Anteproyecto que “el procedimiento penal podrá concluir por razones de oportunidad cuando la imposición de la pena resulte innecesaria o contraproducente a los fines de prevención que constituyen su fundamento”; no obstante, tal precepto, que en suma parece más una forma de justificación del principio de oportunidad que una norma de derecho positivo, hace recaer la necesidad de aplicación del principio de oportunidad en el propio fin de la pena. El problema de tal planteamiento radica en que se está pensando en fines de prevención especial, en los que ciertamente en ocasiones pueden ser innecesario o contraproducente aplicar la pena en un caso concreto, pero

parece olvidarse en esta justificación los fines de prevención general, dado que, desde esta perspectiva, nunca es ni innecesario, ni contraproducente aplicar una pena a quien delinque, y ello por el mero hecho de que la aplicación de la pena al caso concreto persuade a la propia sociedad de la comisión de delitos. Por tanto, el principio de oportunidad es difícil de justificar partiendo exclusivamente de los fines de las penas, y se hace necesario acudir a meros criterios de política criminal, que si bien son menos lucidos desde un punto de vista doctrinal, sí que son más lógicos desde un punto de vista práctico.

Por ello, si lo que se pretende es despenalizar la criminalidad de bagatela, argumento éste aportado por quienes pretenden la aplicación de este principio en nuestro sistema, es mucho más coherente que el legislador separe tales conductas del Código penal, porque lo que es del todo inadmisibile es que el Código penal se vaya aumentando de volumen incluyendo innumerables conductas típicas nuevas y a su vez se pretenda que, bajo premisas de oportunidad, se adopten decisiones tendentes a evitar el colapso de los tribunales penales, precisamente no persiguiendo conductas típicas. Poca coherencia se predica de tales planteamientos, que reflejan más demagogia que razonable política criminal<sup>64</sup>. Para conseguir

---

<sup>64</sup> Y así afirma RUIZ VADILLO que “la solución debe llegar por otros caminos: descriminalizando, de verdad (siempre que el proceso civil sea eficaz, rápido y al alcance de todas las personas) un sector muy importante de actuales ilícitos penales, la mayor parte de las faltas, las imprudencias en determinados supuestos (Cfr. La actual política legislativa en este sentido) y sobre todo, transformado la naturaleza de muchas infracciones penales en orden a su persecución, por ejemplo hurtos, estafas y apropiaciones, cuando la víctima es una persona física o jurídica, robos con fuerza en las cosas, en determinadas circunstancias, imprudencias igualmente en determinados, concretos y específicos supuestos, etc. Todas estas infracciones y otras muchas sólo debieran perseguirse a instancia del perjudicado”. RUIZ VADILLO, Enrique: *Estudios de Derecho procesal penal*, Granada, 1995, pág. 304.

una Justicia eficaz existe un camino más sencillo, aunque no por ello, más factible: dotar a la Administración de Justicia de los medios materiales y humanos para que puedan ejercer con dignidad las funciones que las leyes encomiendan. Medios, pues, es lo que la Justicia viene demandando. Menos reformas precipitadas de las leyes de enjuiciamiento, y más recursos para una correcta Administración de Justicia.

El peligro inherente a la oportunidad es que puede implicar arbitrariedad, concepto que siempre debe quedar fuera de cualquier aplicación jurisdiccional del derecho, porque si lo que se pretende es adoptar criterios que permitan la aplicación concreta de la norma a cada caso, ya existen márgenes suficientes en la configuración del sistema penal para que la discrecionalidad judicial en muchos aspectos adapte la norma al caso concreto, aunque tal discrecionalidad no pueda evitar la incoación del propio proceso.

Llegados a este punto, debemos plantearnos en qué manera la aplicación del principio de oportunidad podría afectar la actuación del instructor del proceso penal. Así, lo cierto es que tanto el Juez de instrucción, como el Ministerio Fiscal están sometidos al principio de legalidad por imperativo constitucional, pero además sometidos con rotundidad, “sometidos únicamente al imperio de la Ley (art. 117.1 CE) y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad” (art. 127.2 CE). Por tanto, en el marco actual, difícilmente existe cabida a que un instructor actúe bajo premisas de oportunidad. Por ello, con independencia de quien sea el instructor, ejerza éste o no la acción penal, la aplicación del principio de oportunidad no parece que tenga cabida en nuestro sistema, si no es regulando en profundidad la aplicación de tal principio.



Por otro lado, hay quienes critican este principio de oportunidad desde otra perspectiva, al plantear que realmente se desvirtúa este principio si se utiliza para no perseguir conductas típicas pero de escasa importancia con la justificación de descongestionar la Justicia<sup>65</sup>. Y precisamente hacia este camino es hacia donde no debemos dirigir nuestra Justicia penal: no podemos aceptar sin más estas desviaciones que se han ido introduciendo en sistemas anglosajones, más que como soluciones a los problemas de la Justicia, como auténticos problemas dignos de estudio.

Pues bien, partiendo de lo expuesto ¿dónde podemos observar en nuestro sistema la aplicación del principio de oportunidad? No cabe duda que el máximo exponente de la oportunidad en nuestro proceso penal lo constituye la institución de la conformidad, que ha adquirido incluso más importancia desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de Octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. Dicha Ley da un paso adelante en la aceptación del principio de oportunidad, pues otorga al juez instructor la posibilidad de dictar sentencia de conformidad. Ciertamente algo ya de por sí extraño: que un instructor dicte sentencia. Simplificado a tales términos no cabe duda de

---

<sup>65</sup> Así, afirma RAMOS MÉNDEZ que “la influencia anglosajona se ha dejado sentir en esta tendencia y la acumulación de asuntos llamados de bagatela, a los que la justicia no logra dar salida rápida, ha hecho el resto. Por una razón en el fondo de rentabilidad económica, se renuncia a incoar el juicio penal contra conductas que, antaño prohibidas, ahora se descriminalizan. Se degradan las normas represivas y se incide en una cada vez más peligrosa conducta de sanción administrativa. Se llega en fin a negociar anticipadamente la pena, bajo la sutil fórmula de la conformidad del imputado con la acusación o se absuelve directamente en vía penal siempre que se hayan satisfechos las responsabilidades civiles derivadas del delito”. RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El sistema procesal español*, pág. 24.

que nos encontraríamos ante un grave problema de índole constitucional, ya que podría suponer la vulneración del derecho a un juez no prevenido, a un juez imparcial<sup>66</sup>.

Con ello, no pretendemos negar la virtualidad de la conformidad como una forma más de terminación del proceso de forma anticipada, evitando innecesarias actuaciones y aumentando la celeridad en los procedimientos, algo de lo que tan necesitada está la Justicia. Lo que no es aceptable es que el mismo juez instructor, sea el que dicte sentencia. Y es aquí donde precisamente la figura del Ministerio Fiscal debería tener más relevancia. Si dentro de su actuación se encontrase la propiamente instructora, el juez de garantías podría dictar sentencia de conformidad, sin que quedara en entredicho su imparcialidad.

Pero la conformidad, como manifestación del principio de oportunidad, donde tiene más sentido es al inicio del proceso, no varios años después, justo antes de la celebración del juicio oral, como es la práctica habitual en casos no sometidos a “enjuiciamiento rápido”. En tales casos está salvada la imparcialidad, pues es el Juez de lo penal o la correspondiente sección de la Audiencia Provincial la que dicta la sentencia de conformidad, pero lo cierto es que se han tenido que practicar todas y

---

<sup>66</sup> En este sentido GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO apunta que “en contra de la constitucionalidad de la norma, por vulneración del principio acusatorio, se puede aducir que la ley asigna al órgano judicial al que se pide que dicte una sentencia de conformidad un control jurídico del acuerdo que no es meramente formal, y que la realización de labores instructorias podría predisponerle en relación con la culpabilidad del acusado hasta el punto de no realizar dicho control con la necesaria neutralidad”. GONZALEZ CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *La conformidad en el proceso abreviado y en el llamado <<juicio rápido>>*, Diario La Ley nº 5895, Martes, 18 de Noviembre de 2003.

cada unas de las diligencias como si el juicio oral fuera a llevarse a cabo, con la pérdida de tiempo y recursos que ello conlleva. La solución no es pues que el juez sentenciador (de lo penal o Audiencia) sea el que controle la conformidad, sino que esta se preste ante un órgano imparcial al inicio del procedimiento, y no al final.

En aras de adelantar la conformidad a un momento anterior a la fase de juicio, que quitando las conformidades en juicio rápido, son la norma general, se ha suscrito el *Protocolo de Actuación para Juicios de conformidad suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española*<sup>67</sup>. Dicho Protocolo manifiesta en su Exposición que “mejorará sensiblemente nuestra administración de Justicia, siendo beneficiosa para toda la sociedad en general. Por un lado, y en relación a la Administración de Justicia, este Protocolo incidirá en la descongestión de los Juzgados, colaborando a reducir el colapso que muchos de nuestros Juzgados y Tribunales vienen padeciendo, al agilizar la finalización de procesos penales por vía del acuerdo entre las partes; y evitará, en parte, el quebranto de las agendas de los órganos de enjuiciamiento a la hora de hacer los señalamientos, permitiendo una mejor programación al conocer de antemano algunas de las conformidades y poder señalar días específicos para las mismas. Por otro lado, también producirá efectos beneficiosos a todos los ciudadanos que se ven obligados a colaborar con la Administración de Justicia...” Y ciertamente estas son algunas de las virtualidades de la conformidad, pero su aplicabilidad real estará siempre condicionada a la facilidad que los abogados tengan para acceder al Ministerio Fiscal, para plantear sus propuestas y escuchar a su vez la opinión del Fiscal, pues de dichas reuniones informales es de dónde

---

<sup>67</sup> Madrid, 1 de Abril de 2009.

normalmente se obtienen los mejores acuerdos. Ello nos lleva a plantearnos la necesidad de que los Fiscales sean accesibles y para ello se hace necesario que la institución esté dotada de miembros en todos los Juzgados, de manera que los abogados no tengan que esperar al juicio oral para tener el primer contacto con el Ministerio Fiscal, cosa que realmente es lo que viene sucediendo. De esta manera, el principio de oportunidad adquiere una dimensión mucho más práctica, facilitando la Justicia, y permitiendo en sumas que los medios de los que se disponen sean aplicados a los casos necesarios y no a aquellos en los que fácilmente es de prever que termine en conformidad<sup>68</sup>.

En este punto debemos mencionar también el que ha venido a llamarse procedimiento monitorio penal, introducido por la última reforma de la LECRIM<sup>69</sup> que permite que la propuesta sancionadora del Ministerio Fiscal se convierta en Sentencia previa conformidad del acusado y pensado para la criminalidad de bagatela. Nos encontramos con un sistema parecido al de los juicios rápidos, pero pensado para delitos leves y menor grave, en el que en vez de escrito de calificación del Fiscal, se dictará por éste decreto que podrá ser transformado en Sentencia condenatoria previa conformidad del acusado. Ciertamente es éste un paso más en la ampliación de competencias del Fiscal y su razón de ser no es otra que la de agilizar la Justicia, no obstante, dudamos mucho de que este tipo de procedimientos vaya a tener un impacto importante en la Administración de Justicia, primero porque se aplicará a los procesos que se inicien a partir de la

---

<sup>68</sup> En este sentido puede verse también la Instrucción 2/2009 de 22 de Junio de la Fiscalía General del Estados, sobre aplicación del Protocolo de Conformidad.

<sup>69</sup> Artículo único. Nueve por el que se añaden los art. 803 bis a y ss en la LECRIM. *Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia y el fortalecimiento de las garantías procesales,*

entrada en vigor de la norma, y segundo porque pocas veces tendrá interés el investigado en aceptar una pena sin obtener nada a cambio, como sí ocurre en los juicios rápidos.

Así, otro aspecto llamativo de la conformidad en los términos configurados por la citada Ley 8/2002, es sin duda, la *rebaja* de un tercio de la pena que el juez de instrucción aplica de forma automática. No es que en principio tal *premio* a la conformidad sea en sí mismo peligroso desde un punto de vista de las garantías propias del proceso penal. Pero el problema es que el instructor que premia tal conducta, tal vez pueda condicionar demasiado al acusado, de tal forma que éste acepte, tan sólo porque la rebaja le permita no tener que entrar en prisión<sup>70</sup>, mediante la suspensión de la ejecución. Pero realmente qué es lo que se está premiando, ¿que un juez rebaje la pena porque evita a la Administración de Justicia una larga y costosa tramitación? Una rebaja de pena concebida como premio en tales términos, no es desde luego aceptable. Y a ello debemos añadir que una rebaja otorgada por el instructor en los términos expuestos produce un claro agravio comparativo respecto de aquellos delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de Ley 8/2002 que deben ser juzgados por el Juez de lo penal o la correspondiente Audiencia. ¿Por qué el instructor sí debe rebajar y el juez de lo penal no tiene tal obligación? Indudablemente se produce un agravio comparativo grave que podría vulnerar el derecho a la igualdad del art. 14 CE.

---

<sup>70</sup> Pensemos en un caso en el que el Fiscal pida 3 años de prisión, y caso de continuar hasta el juicio oral, el acusado se arriesgue a un ingreso en prisión, aunque no tenga antecedentes. En tales casos se puede llegar a una conformidad simplemente para evitar esa posibilidad de ingreso en prisión, y no por verdadera aceptación de culpabilidad. Y esta realidad sí es peligrosa.

En este punto, no podemos dejar de lado una práctica forense que calificaríamos cuando menos de peligrosa, que está siendo admitida sin más por los juzgados, y que supone un paso peligroso hacia el principio de oportunidad: nos referimos a la mal llamada en la práctica forense “*conformidad implícita*”. Nos referimos al caso, arto frecuente, que se produce cuando la pena solicitada por el Ministerio Público sea inferior a dos años de privación de libertad o seis años si es de otra naturaleza, y habiendo sido legalmente citado el acusado, éste no comparece sin explicación alguna<sup>71</sup>. Dado que el juicio puede celebrarse en su ausencia, abogados y fiscales negocian la pena a imponer, y aunque se celebra el juicio, se modifica la calificación en el sentido que ambos han negociado, y el juez acaba dictando una sentencia de *pseudo conformidad*, que ni tan si quiera ha sido ratificada por el reo. Tal deformación no puede ser admitida sin críticas, pues aunque se consiga una rebaja de la pena, no puede admitirse como legal, pues es requisito necesario que la conformidad sea prestada y aceptada por el acusado, sin que su letrado pueda negociar la pena, sin su consentimiento.

Finalmente y en cierto modo para poder salvar dentro de nuestro sistema al menos cierta aplicación del principio de oportunidad, la doctrina introdujo el concepto de *oportunidad reglada*. No obstante, tal planteamiento viene siendo criticado por cierto sector doctrinal, y así como apunta DE LA OLIVA SANTOS *lo oportuno no está ni puede estar reglado*<sup>72</sup>. Ciertamente son dos términos antagónicos que tienen difícil

---

<sup>71</sup> Art. 786.1 párrafo 2º LECRIM.

<sup>72</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal, R.G.D. año IL, nº 577-578, Octubre, Noviembre 1992, pág. 9885.

encaje y que en vez de clarificar lo que implica tal principio, lo que hace es llevarnos a una turbia nebulosa nada clarificadora<sup>73</sup>.

Pero lo cierto, es que tal oportunidad sometida a criterios previamente fijados, deja de ser oportunidad en sentido estricto, siendo más legalidad aplicada que otra cosa. Y bajo tales premisas sería aceptable que el legislador, haciendo uso de sus facultades normativas determinara bajo premisas legales los criterios a seguir para aplicar una oportunidad reglada, siendo precisamente ésta la reforma que plantea el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobados por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011. Lo que sí resulta evidente es que por mucho que se pretenda justificar la aplicación del principio de oportunidad reglada en una dudosa eficacia de la pena en determinados casos, lo cierto es que dicho principio resulta ser un buen instrumento de descongestión de la Justicia en criminalidad de bagatela, lo cual no es siempre la mejor forma de agilizar la Justicia.

#### 4.6. Principio de publicidad versus secreto

Tales principios aunque de carácter más procedimental, influyen notablemente en la configuración que de la instrucción se pretenda hacer. Así, la premisa fundamental en esta materia debemos buscarla en el art. 24.2 CE que consagra el derecho a un proceso público. Igualmente el art. 120.1 CE consagra que “las actuaciones judiciales serán públicas, con las

---

<sup>73</sup> Así, hablamos *oportunidad reglada* “cuando es la ley quien previamente selecciona los casos en que puede hacerse uso de la oportunidad, fija las condiciones que deben darse para que tal uso sea legítimo, e incluso, determina los controles que han de realizarse para asegurar que el uso de la oportunidad se produce dentro de aquellos casos y cumpliendo las condiciones legalmente preestablecidas”. DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo: *La conformidad del acusado*, Valencia, 1997/pág. 215.

excepciones que prevean las leyes de procedimiento”. Así pues, parece que el texto constitucional consagra la publicidad en el proceso penal, elevándolo a la categoría de derecho fundamental. El problema surge cuando hablamos de instrucción, pues la propia LECRIM realiza un enunciado en esta materia totalmente opuesto al previsto constitucionalmente. El art. 301.1 LECRIM dice que “las diligencias sumariales serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley”. Se evidencia aquí una clara contradicción con el texto constitucional que no puede solucionarse sino es aceptando que tal artículo es contrario al Texto constitucional, pues una cosa es predicar el carácter público del proceso e introducir ciertas excepciones para casos muy concretos y de forma restrictiva, y otra cosa es plantear una instrucción secreta con ciertas excepciones de publicidad<sup>74</sup>. Debemos señalar que la publicidad del proceso en fase de instrucción constituye una condición básica para el ejercicio del derecho de defensa, que se ve absolutamente restringido cuando se decreta el secreto de sumario.

Pero, ¿qué implica la publicidad del proceso penal? ¿Publicidad frente a quién? Entendemos que el secreto en los términos planteados por el art. 301 LECRIM no sólo se refiere frente a terceros ajenos a la instrucción, que en ciertos casos podría justificarse, sino también frente a las partes, y es aquí precisamente donde puede causarse indefensión. No olvidemos que el

---

<sup>74</sup> En esta materia afirma RAMOS MÉNDEZ que “el derecho a un proceso público (art. 24.2 CE) y a la publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 CE), abarca también la fase de instrucción del proceso penal. La vigencia del principio inquisitivo no autoriza actuaciones secretas, ni mucho menos clandestinas. La facultad de investigar no se coarta porque se haga con publicidad”. RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal*, Barcelona, 1999, pág. 174. En igual sentido, el mismo autor en su libro *Enjuiciamiento Criminal. Séptima lectura constitucional*. Barcelona, 2004, pág. 150.



propio TC apunta que el letrado sin necesidad de personarse en la causa puede tener conocimiento de las diligencias practicadas<sup>75</sup>.

Cuando hablamos de proceso público es evidente que se está pensando en un proceso en el que cualquiera pueda tener acceso al mismo, interesándose por las actuaciones que se estén llevando a cabo. Tal premisa tan garantista para el juicio oral lo es menos en sede de instrucción, pues el problema que tal planteamiento produce durante la misma es que nos encontramos ante imputados, no condenados, ni tan si quiera acusados, y se hace preciso también establecer cauces de protección del derecho a la intimidad y al honor del procesado y por su puesto del derecho a la presunción de inocencia, esto es, restricciones a la publicidad que impidan una divulgación de la investigación que directamente se realiza contra una persona con nombre y apellidos, sin que ello deba impedir en modo alguno que esa persona tenga acceso completo a todas las actuaciones que se practiquen durante la instrucción. Pero es más, aquí puede plantearse la mediatización que de la Justicia se produce ante casos de gran conmoción pública, que normalmente conllevan vulneraciones al derecho al honor e intimidad del imputado. Pero es más, cuando la instrucción se convierte en un espectáculo público, no sólo peligra ya el derecho al honor o a la intimidad, sino que hace incluso tambalearse el propio derecho a la presunción de inocencia, la condena paralela y pública del imputado por parte de la sociedad que se realiza a través de los medios de comunicación, en modo alguno debe ni fomentarse ni admitirse.

El proceso público es una garantía para el procesado, no una pesada carga que deba soportar durante la tramitación del mismo. Por eso mismo,

---

<sup>75</sup> STC de 11 de Noviembre de 1997.

apunta BERZOSA que *el carácter secreto de la fase sumarial no desvirtúa la publicidad del proceso penal, del mismo modo que la forma escrita de esta fase preparatoria no entra en contradicción con la oralidad del citado proceso*<sup>76</sup>.

En este sentido, es curioso el acceso que los medios de comunicación tienen al proceso penal, publicidad del mismo podríamos decir, pero lo más llamativo es que esa publicidad no es la misma que la existente en el juicio oral, en el que con solemnidad se manifiesta “*audiencia pública*”. Durante la instrucción esa publicidad, esa puesta en comunicación de la opinión pública, llega de forma extraprocesal: notas de prensa de la policía, filtraciones desde el propio juzgado, filtraciones interesadas de las partes, etc..., contradiciendo por supuesto el predicado secreto de sumario de la LECRIM. Algo bastante irregular para algo que debía tomarse y regularse con absoluta normalidad, es decir, aceptando la publicidad durante la instrucción, pero obligándose al respeto absoluto de la intimidad y honor del imputado, y estableciéndose cauces procesales para la salvaguardia del derecho no sólo a la intimidad y al honor, sino también a la presunción de inocencia.

#### 4.7. Principio de imparcialidad

Se trata éste de un principio que se impone al órgano jurisdiccional, más que al proceso en sí mismo, pero dada su trascendencia, lo analizaremos, pues es indudable su repercusión en la fase de instrucción. Y así, tras haber predicado la naturaleza procesal de la instrucción, debemos pensar que su inclusión dentro del proceso la vincula a la jurisdicción, pues “el proceso no solamente está ligado al nacimiento de la Jurisdicción, sino

---

<sup>76</sup> BERZOSA FRANCO, Victoria: *Principios del proceso*, Justicia 92, Año 1992, nº III, pág. 617.

que ambos resultan en todo tiempo y lugar conceptos indisolubles. Sin ésta no existe aquel, puesto que en el proceso, uno de sus sujetos, el situado supra partes, ha de ser indefectiblemente el órgano jurisdiccional<sup>77</sup>. De esta forma y dado que el principio de imparcialidad se predica como nota consustancial de la actividad jurisdiccional, tal principio debe enmarcar también la propia actividad instructora. Es decir, el principio de imparcialidad constituye una característica inexcusable de todo órgano jurisdiccional, y es evidente que no sólo el juez de instrucción lo es, sino que además al predicar la naturaleza procesal de la instrucción, damos por sentado la necesidad de imparcialidad durante la instrucción. Pero de aquí surge la pregunta de quién debe ser imparcial: el investigador o el juez decisor durante la instrucción. Así, y dado que en nuestro sistema es el mismo juez el que investiga, la propia LECRIM vino a exigir que se consignara y apreciaran tanto “las circunstancias, así adversas como favorables al reo”<sup>78</sup>. Es decir, se venía a exigir a todas las Autoridades y funcionarios que intervinieran en la instrucción una imparcialidad caracterizada por una búsqueda de la verdad bajo premisas de contradicción (circunstancias adversas y favorables). Pero el problema que se plantea es la capacidad de imparcialidad del que tras una exhaustiva investigación se ve abocado a tomar una decisión que afecte derechos fundamentales del imputado. Indudablemente y por mucho que el juez pretenda abstraerse de su propia investigación, es evidente que se encuentra totalmente condicionado por la misma, hasta el punto de auto-inhabilitarse como decisor imparcial<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> GIMENO SENDRA, Vicente: *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid, 1981, pág. 26.

<sup>78</sup> Art. 2 LECRIM.

<sup>79</sup> Como afirma MONTERO AROCA “se es imparcial cuando, en cada uno de los asuntos en concreto que se deben juzgar, lo único que determina el juicio del juez es el cumplimiento de su

Pero, ¿cuándo podemos decir en rigor que se pone en tela de juicio la decisión del juez por no ajustarse al principio de imparcialidad? Pues bien, la vulneración de tal principio no proviene en sí misma del hecho de que sea el juez el que instruya, no por instruir un juez pierde su imparcialidad. Así, tal imparcialidad queda en tela de juicio cuando el juez ha llevado a cabo una labor inquisitiva, una investigación previa “potencialmente generadora de prejuicios”<sup>80</sup>. Estas últimas palabras extraídas de una Sentencia del TC son altamente clarificadoras, pues aún admitiendo como imparcial al juez de instrucción que acuerda la prisión preventiva, siempre que se cumpla el cauce procedimental de audiencia previa y contradictoria, y petición del Ministerio Público, se viene a señalar que en puridad puede darse el caso de vulneración del principio de imparcialidad cuando el juez que activamente ha participado en la investigación acaba decidiendo sobre la restricción de derechos fundamentales del imputado.

Así pues la salvaguardia de la imparcialidad no debe predicarse sólo del juez enjuiciador o sentenciador, sino de todo aquel órgano jurisdiccional, que asumiendo su labor como tal, acabe tomando decisiones sobre asuntos en los que la intervención de la propia jurisdicción suponga una garantía para el justiciable, pues es una garantía, y no otra cosa, el hecho de que una decisión que pueda afectar derechos fundamentales provenga de un órgano jurisdiccional.

Por otro lado, es bien sabido que el Ministerio Público también se rige por el principio de imparcialidad (art.124.2 CE), pero aquí nos

---

función conforme a lo dispuesto constitucional y legalmente”. MONTERO AROCA, Juan y otros: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Valencia, 2013, pág. 98.

<sup>80</sup> STC 98/1997, de 20 de mayo.

encontraríamos ante connotaciones distintas de tal principio que lo que implicaría sería la obligación de la Institución Fiscal de trabajar por y para la Justicia, intentando averiguar la verdad y exponerla con acierto en el juicio oral, sin ánimo e implicación personal *de parte* durante el proceso, sin derecho a mentir (como sí tendría el acusado). No debe tratar de *ganar* el juicio sino de hacer Justicia. Sin duda alguna esta imparcialidad es predicable y así debe ser para cualquier instructor. Sin embargo, la imparcialidad del juez debe ir más allá pues debe abstraerse de sus propias consideraciones subjetivas y ello en un instructor es, cuando menos muy complicado<sup>81</sup>.

Como hemos visto, durante la instrucción encontramos momentos en los que la actividad investigadora no implica pronunciamiento jurisdiccional y por tanto queda más alejada la aplicación de tal principio. Pero cuando durante la instrucción se toman decisiones de carácter jurisdiccional relativas a la limitación de derechos fundamentales y cuando las decisiones del instructor vayan encaminadas a determinar la continuidad o no del proceso penal se hace evidente en tales casos la necesidad del amparo del principio de imparcialidad. En tales casos, no cabe duda que la imparcialidad del órgano que las toma debe quedar absolutamente clara, es más debe haber *apariencia de imparcialidad*.

---

<sup>81</sup> “La imparcialidad es una especie determinada de motivación, consistente en que la declaración o resolución se orienta en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente. La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador o de cualquier ente público. Este debe sumergirse en el objeto, olvidarse de su propia personalidad”. UGAZ ZEGARRA, Fernando: *El principio de imparcialidad y el Ministerio Fiscal*, Revista Colegio Abogados de Lima, Agosto 2002 (página web del citado Colegio, [www.cal.org.pe](http://www.cal.org.pe)). Dicho autor cita a Werner Goldschmidt “La imparcialidad como principio básico del proceso”(“parcialidad y parcialidad”).

Si como hemos dicho la naturaleza jurídica de la instrucción es procesal y de eminente carácter jurisdiccional, quizá lo que en primer lugar debamos preguntarnos es si toda actuación jurisdiccional debe estar revestida de imparcialidad. La respuesta a nuestro modo de ver no ofrece dudas: toda la actividad de jueces y magistrados que suponga enjuiciamiento, es decir, toma de decisiones, debe revestirse de imparcialidad, porque precisamente esa es la garantía de confianza necesaria que el Estado de Derecho debe exigir a sus jueces.

La duda que nos asalta es la de si el juez instructor, el juez director de la investigación, adopta decisiones que afectan a derechos fundamentales o de otro tipo (como las referidas a la continuidad del proceso penal) bajo premisas de imparcialidad. Creemos que no. No se puede ser investigador y decisor. No se puede decidir una prisión preventiva habiendo sido el mismo que investiga quien decide sobre su necesidad, en tales casos ponemos muy en tela de juicio la imparcialidad de tal decisión jurisdiccional.

Tal planteamiento se basa en que, como apunta GIMENO SENDRA, *el Juez de Instrucción no actúa como un tercero imparcial entre la acusación y la defensa, sino que, tal y como su nombre indica, lleva a la práctica de oficio no pocos actos de investigación*<sup>82</sup>. Y esto es precisamente lo que le invalida como órgano imparcial.

Pensemos finalmente en que como afirma el TC “la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos de deben servir para averiguar el delito y

---

<sup>82</sup> GIMENO SENDRA, Vicente: *El Juez imparcial en la doctrina del T.C.*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1989, pág. 239.

sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar”, y añadiríamos, y también al tomar decisiones que pudieran afectar derechos fundamentales.





## **II. NORMAS Y RECOMENDACIONES DE ÁMBITO INTERNACIONAL E INSTRUCCIÓN PENAL**



## 1. Declaración Universal de Derechos Humanos

Desde un punto de vista histórico la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948<sup>83</sup> responde al ambiente de posguerra en el que tantas vulneraciones de derechos fundamentales se habían producido. Constituía un planteamiento novedoso que se ansiaba no sólo desde un punto de vista institucional sino también social. En este marco, se encuadran los arts. 10 y 11 de la Declaración, que marcan unos parámetros generales de configuración del proceso penal, de forma que de su salvaguardia depende la consecución de la Justicia como valor superior recogido en el Preámbulo de la Declaración: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...” Pues bien, dichos artículos establecen que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.<sup>84</sup> Además “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se

---

<sup>83</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General en Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de Diciembre de 1948.

<sup>84</sup> Artículo 10, Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de Diciembre de 1948.

impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.<sup>85</sup>

La trascendencia que tales artículos han tenido en la configuración constitucional de nuestro sistema penal es desde luego indiscutible, dado que la mayor parte de los derechos reconocidos fueron reproducidos por nuestra Norma Fundamental<sup>86</sup>. Así todos estos derechos influyen claramente en el proceso penal y por tanto en la investigación e instrucción penal. El derecho a un juicio en condiciones de igualdad, público y con justicia bajo un tribunal independiente e imparcial marca el carácter que en los sistemas democráticos debe tener el juicio oral, pero es evidente que la fase de preparación del citado juicio oral no puede desvincularse enteramente de las garantías que impregnan el mismo, de ahí que en nuestro estudio de la figura del instructor penal, debemos hacer hincapié en la importancia que tal institución debe tener en la salvaguardia de los derechos humanos, y por supuesto no sólo los mencionados de carácter procesal, sino de todo el elenco de derechos que configuran el sistema de derechos humanos.

El artículo 11 mencionado también contiene el derecho a la presunción de inocencia, el principio de legalidad en materia penal y el derecho a un juicio público con todas las garantías. El contenido de los citados derechos lo desarrollaremos a lo largo del presente trabajo, pero dejemos reseñado que tales derechos constituyen la base del proceso penal,

---

<sup>85</sup> Artículo 11, *Ibidem*.

<sup>86</sup> En concreto el Título Primero de la Constitución “De los derechos y deberes fundamentales”, esta plenamente marcado por la Declaración Universal de Derechos humanos, y sobre todo el Capítulo II “Derechos y Libertades”, donde se establece el contenido de los derechos fundamentales, que como no podía ser de otro modo asimila la inspiración de la citada Declaración.

por lo que su repercusión en la instrucción es incuestionable. En este sentido, nuestra propia Constitución en su art. 10.2 manifiesta que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Así pues, la Declaración no es una mera declaración de intenciones, sino una norma de carácter vinculante para la propia interpretación constitucional. Su importancia pues radica en ser fuente de interpretación de los derechos fundamentales. Como manifestó la Sra. Mary Robinson<sup>87</sup> “La Declaración Universal no es un documento internacional más. Es la proclamación fundamental de la resolución de la comunidad internacional a defender los derechos humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse. Es un mensaje de esperanza, igualdad, liberación y capacitación. Es un mensaje dirigido a todos los que han abrazado la causa de la libertad, la justicia y la paz en el mundo”.

## 2. Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos

Con el objeto de hacer mayor hincapié en la Declaración Universal de los Derechos Humanos la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó

---

<sup>87</sup> QUINCUAGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS 1948-1998: MENSAJE DE LA ALTA COMISIONADA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Sra. Mary Robinson. Día de los Derechos Humanos - 10 de diciembre de 1998.

el 19 de Diciembre de 1966 el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, que entró en vigor el día 23 de Marzo de 1973<sup>88</sup>.

En su artículo 14<sup>89</sup> recoge derechos de índole procesal que por su repercusión en el proceso penal analizaremos. Las consecuencias que el

---

<sup>88</sup> Dicho Pacto fue firmado en Nueva York por el Plenipotenciario de España el día 28 de Septiembre de 1976. Ratificado por Instrumento de 13 de Abril de 1977 (Jefatura del Estado, BOE 30, RCL 893).

<sup>89</sup> “Art. 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los interés de la justicia, pero toda sentencia en materia penal o contenciosa, será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

e) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

respeto a tales derechos debe tener en el proceso penal son claras. No cabe un proceso con garantías sin el respeto a tales derechos.

Del citado artículo 14.3 podemos extraer una serie de derechos y garantías que afectan a la instrucción en el proceso penal:

Derecho a ser informado de la acusación

Derecho a la preparación de la defensa

Derecho a ser juzgado sin dilación

Derecho a nombrar abogado o a que se le nombre de oficio

Derecho a un proceso contradictorio

Derecho a ser asistido por intérprete

Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

Tales derechos de profundas raíces democráticas los iremos desarrollando a lo largo del presente trabajo dado su profundo calado

---

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

constitucional, si bien por ahora diremos que sólo de la correcta aplicación de los mismos durante la instrucción e investigación penal, obtendremos un juicio justo, que en suma, debe ser el fin del proceso penal. Y así, la consecución de tal fin no se obtiene meramente del cumplimiento de una serie de garantías durante el juicio oral, pues se hace necesario que durante la fase de instrucción se respeten todos y cada uno de los derechos mencionados, dado que actuar de espaldas a éstos invalidaría cualquier posibilidad de hacer Justicia. Aunque tales derechos constituyen un contenido mínimo, lo cierto es que el hecho de que se respeten no implica necesariamente el cumplimiento de lo establecido en el art. 14.1, como así manifiesta el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al manifestar que “En la segunda frase del párrafo 1 del artículo 14 se dispone que "toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías". En el párrafo 3 se detallan esas garantías en relación con los procesos penales. Ahora bien, las exigencias formuladas en el párrafo 3 son requisitos mínimos, cuya observancia no es siempre suficiente para asegurar un proceso que llene los requisitos previstos en el párrafo 1”<sup>90</sup>.

En este ámbito, y quizás por su gran importancia el derecho a la presunción de inocencia (art. 14.2) no se ve conculcado por la incoación de un proceso penal, pero necesariamente deberá partirse de que durante la instrucción siempre el imputado es inocente y no puede usarse esta parte del proceso penal como un adelanto injustificado de la pena que en su día pudiera recaer al procesado. El respeto a este derecho es sin duda esencial durante la instrucción y requiere de un fino y delicado equilibrio entre los sujetos que intervienen en la misma, dado que, aunque pueda parecer

---

<sup>90</sup> Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos. Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la Ley (artículo 14) 13.04.84. Punto 5.



normal, tanto la acusación pública, como el juez deben necesariamente tener siempre en mente que sus decisiones se toman de forma transitoria sin que sean definitivas y por tanto, sin desvirtuar la presunción de inocencia.

En este punto es significativo que respecto a los fiscales se les exija por parte de las Naciones Unidas que “deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia pena”. Igualmente “los fiscales no iniciarán ni continuarán un procedimiento, o bien harán lo posible por interrumpirlo, cuando una investigación imparcial demuestre que la acusación es infundada”<sup>91</sup>. De ahí precisamente la importancia de la presunción de inocencia, que debe servir de faro que ilumine la actuación de los sujetos que intervienen en la investigación e instrucción. La función del fiscal queda así condicionada al fin último de la Justicia y por tanto no puede obviar pruebas que le lleve a la convicción de la inocencia del acusado, debiendo en tal caso retirar la acusación.

En relación a la presunción de inocencia el propio Comité de Derechos Humanos de la ONU afirma en una Observación General que “El Comité ha observado cierta falta de información en relación con el párrafo 2 del artículo 14 y, en algunos casos, ha advertido incluso que la presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, está expresada en términos muy ambiguos o entraña condiciones que la hacen ineficaz. En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la

---

<sup>91</sup> Directrices sobre la Función de los Fiscales, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189 (1990).

duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso”.<sup>92</sup> Por tanto, no prejuzgar se convierte en una premisa tanto para el fiscal como para el juez, sea quien sea el director de la investigación, de ahí la importancia de abstraerse lo suficiente para evitar que puntos de vista subjetivos desnaturalicen el propio principio de presunción de inocencia durante la instrucción.

La mencionada Observación General también matiza un derecho realmente importante en la primera fase el proceso penal, en concreto el derecho a ser informado de la acusación formulada contra ella. La importancia de este derecho radica precisamente en que es el que abre la puerta al imputado para poder comenzar a ejercer su derecho de defensa, no cabe un sistema penal con garantías si no se inicia con este derecho a ser informado, pero además debe ser una información sin demora dado que no cabe realizar una instrucción oculta para el acusado que sirva de base posterior para llevar a una persona a juicio. Como afirma el Comité “este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal”<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos. Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la Ley (artículo 14) 13.04.84. Punto 7.

<sup>93</sup> *Ibidem*, Punto 8.

### 3. Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950<sup>94</sup> respondió históricamente a la necesidad de establecer en el marco de la incipiente cultura pro derechos humanos de la posguerra unos cauces adecuados para que en Europa no se vulnerasen derechos considerados como fundamentales a la propia naturaleza humana. Precisamente por este motivo la Comisión de la Comunidad Europea en su *Memorandum* de 4 de Abril de 1979 ya venía diciendo que “la Comisión es de la opinión de que la exigencia de consolidación de la protección de los derechos fundamentales en el nivel de la Comunidad, y dado su actual estado de integración, se consigue de la mejor forma a través de la entrada formal de las Comunidades en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas”. Era una llamada a la aceptación del Convenio como modo de crear un ambiente de cohesión política de cara a la defensa de los derechos que el propio Convenio venía a proteger<sup>95</sup>.

Pues bien, como no podía ser de otro modo el citado Convenio no sólo formuló derechos de carácter sustantivo, sino que también introdujo derechos de carácter procesal para que en la práctica judicial de los países firmantes imperase una cultura procesal tendente a su protección, así se estima al “derecho procesal de acción como un derecho subjetivo público o

---

<sup>94</sup> Ratificado por España por Instrumento de fecha 26 de Septiembre de 1979 (Jefatura del Estado).

<sup>95</sup> Como afirma ROBLES MORCHÓN “el Convenio representa efectivamente un mínimo ético, algo así como el código moral mínimo de las naciones civilizadas, no comparable con la amplitud de las Constituciones de los Estados miembros de la Comunidad”. ROBLES MORCHÓN, Gregorio: Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea, Madrid, 1988.

derecho del hombre, paralelo al derecho constitucional de petición”.<sup>96</sup> De esta forma se otorga en sede de declaración de principios a los derechos de índole procesal una importancia similar a los de carácter sustantivo, precisamente porque el desarrollo y protección de estos depende de la correcta aplicación de aquellos.

Este elenco de derechos evidentemente incide de modo claro en la fase de instrucción del proceso penal, y por ende, en la configuración que tengamos del órgano que debe instruir. Por ello, nos centraremos en el análisis de las repercusiones que el desarrollo de tales derechos tiene en la figura del instructor penal.

En este ámbito, el art. 6 del Convenio es el que mayor repercusión tiene en el proceso penal, pues establece las premisas de un proceso garantista. Dicho precepto es casi una repetición del art. 14 del Pacto Internacional anteriormente comentado.

Así, la imparcialidad e independencia del juzgador, como requisito indiscutible en el proceso penal, está lejos de toda duda, pero lo cierto es que durante la instrucción no está claro los márgenes de imparcialidad, dado que el art. 6 del Convenio se refiere a la imparcialidad e independencia del Tribunal sentenciador, pues exige que toda persona sea juzgada por un tribunal imparcial e independiente. No obstante, si realmente se aboga por un proceso penal fundado en cánones respetuosos con los derechos humanos, parece lógico exigir también que todas las decisiones jurisdiccionales que durante la instrucción se adopten vengan

---

<sup>96</sup> FIX ZAMUDIO, Héctor: La protección procesal de los derechos humanos ante las Jurisdicciones nacionales, Madrid, 1982, pág. 37.

amparadas por la imparcialidad del órgano que la dicte. Esta premisa es necesaria si no queremos soslayar las garantías que el propio Convenio establece.

Es de importancia también de cara a un estudio de la instrucción penal, el art. 5.3 del Convenio, que manifiesta que toda persona detenida preventivamente o internada deberá “ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad (o magistrado según la traducción) habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales”. Parece que en principio acepta el citado artículo la figura del juez instructor español, pues como juez que es no necesita otra argumentación, y si pensamos que en realidad es más un instructor que un juez, cabría abarcarlo bajo la figura de autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales. Lo que ocurre es que, a nuestro modo de ver, el Convenio Europeo de Derechos Humanos que comentamos está pensando en la figura de un juez que no sea instructor, por ser ésta la figura imperante en la mayor parte de los países europeos. Dicho juez no instructor mantiene como inherente la imparcialidad e independencia de forma más nítida. No olvidemos que la instrucción e investigación condiciona al que la practica, lo que, aunque sea de forma inconsciente, priva de la obligada imparcialidad.

Como afirma GÓMEZ COLOMER, el TEDH viene “proponiendo claramente la separación de las funciones instructorias y decisorias de los jueces de instrucción, por ser contraria a los arts. 5.3 y 6.1 del CEDH, de

1950”<sup>97</sup>. Pero vayamos a la autorizada opinión del TEDH que en el caso Schiesser<sup>98</sup> tuvo ocasión de pronunciarse al respecto.

En la citada Sentencia se dice textualmente que “el magistrado no se confunde con el juez, pero ha de poseer ciertas de sus cualidades; es decir, ha de reunir condiciones que constituyan otras tantas garantías para la persona arrestada. La primera de ellas estriba en la independencia hacia el ejecutivo y las partes (cf., «mutatis mutandis», sentencia Neumeister citada anteriormente, p. 44). No excluye toda subordinación a otros jueces o magistrados, en la medida en que disfruten ellos mismos de análoga independencia.

A esto se añade según el artículo 5-3, una exigencia de procedimiento y otra de fondo. Como deber del «magistrado», la primera comprende la obligación de oír personalmente al individuo que comparece ante él (cf., «mutatis mutandis», sentencia Winterwerp citada anteriormente, p. 24, -60); la segunda comprende la obligación de examinar las circunstancias que actúan en pro o en contra del arresto, de pronunciarse según criterios jurídicos sobre la existencia de razones que lo justifiquen y, en su ausencia, demandar la puesta en libertad (sentencia Irlanda contra Reino Unido, citada anteriormente, p. 76, -199)”.

Pero claro, si el Juez de instrucción es quien puede haber ordenado la detención, ¿cómo puede tomar una decisión imparcial sobre el mantenimiento de la restricción de libertad? Por estos motivos no parece

---

<sup>97</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El modelo alemán del Ministerio Público: aspectos organizativos y funcionales*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-1999, Ministerio de Justicia, pag. 142.

<sup>98</sup> Caso Schiesser. Sentencia del TEDH de 4 de Diciembre de 1979.

que el CEDH esté pensando en un Juez instructor como el español para configurar el sistema de garantías procesales en la materia que nos ocupa.

Así y aunque refiriéndose al juez que ha de juzgar el TEDH pone de manifiesto la importancia de las apariencias pues “todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”<sup>99</sup>. Pues bien, ¿qué confianza en aras a su imparcialidad puede inspirar un juez instructor en nuestro país, si cuando se le lleva a un detenido y considera conveniente acordar la prisión preventiva, tan sólo tiene que citar al Fiscal, para que así se lo pida, teniéndose en cuenta además que el Fiscal no conoce normalmente la investigación y suele hacer caso de la opinión del Juez que le ha citado para que le pida la prisión? Es evidente que tal sistema adolece de defectos y que desde luego no es el más apropiado de cara a la salvaguardia de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Dentro de la protección a los derechos humanos y teniendo en cuenta la importancia que en su salvaguardia tiene otra importante figura, como es el Ministerio Fiscal, el Consejo de Europa, pretendiendo dar las pinceladas básicas de esta figura en un sistema democrático, insiste en la Recomendación Rec (2000) 19 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de persecución pública en el sistema de justicia criminal<sup>100</sup>, en el respeto a los derechos humanos. Así, se dice que

---

<sup>99</sup> Sentencia Piersack, del TEDH de 1 de Octubre de 1982.

<sup>100</sup> Recomendación, Rec (2000) núm. 19, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 6 de octubre de 2000, sobre el papel Del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia, aprobada Durante la 724ª reunión de Delegados de los Ministros y que fue elaborada en el seno

“considering that, to that end, the efficiency of not only national criminal justice systems but also international co-operation on criminal matters should be enhanced, whilst safeguarding the principles enshrined in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”.

Dicha Recomendación especifica cuales deben ser las funciones del Ministerio Fiscal, definiéndolo como “public authorities who, on behalf of society and in the public interest, ensure the application of the law where the breach of the law carries a criminal sanction, taking into account both the rights of the individual and the necessary effectiveness of the criminal justice system”. Curiosamente esta definición introduce esa perspectiva de la necesaria armonización de los derechos individuales y la efectividad del sistema de justicia penal. Se trata de exigir en la conducta del Ministerio Fiscal una proporcional ecuanimidad entre su obligación de exigir el castigo del culpable dentro del marco de exigencias, al que también se debe, del respeto a los derechos fundamentales. Estamos quizá ante esa imparcialidad exigible a quien aun siendo parte en el proceso penal, es parte especial, pues aunque su principal motivación debe ser la de hacer justicia, no debe olvidar su obligación de retirar la imputación o en su caso la acusación en caso de no apreciar conducta punible: porque tanto se hace justicia condenando al culpable como absolviendo al inocente.

Igualmente y enfatizando cuales son las funciones básicas del Ministerio Público, la ya mencionada Recomendación manifiesta que

---

del Consejo de Europa por el Comité de Expertos sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal (PC-PR), bajo el auspicio del Comité Europeo para los Problemas Criminales (CDPC).



*“decide whether to initiate or continue prosecutions; conduct prosecutions before the courts; may appeal or conduct appeals concerning all or some court decisions”, citando a continuación cuales otras funciones aunque importantes, dependen de la propia configuración que cada Estado haya dado a la citada figura: “implement national crime policy while adapting it, where appropriate, to regional and local circumstances; conduct, direct or supervise investigations; ensure that victims are effectively assisted; decide on alternatives to prosecution; supervise the execution of court decisions; etc.”.*

Como vemos la dirección y supervisión de la investigación criminal no es considerado por el Consejo de Europa como función básica del Ministerio Fiscal, y ello precisamente por la disparidad de soluciones que en materia de dirección de investigación criminal se dan en los distintos Estados miembros. No obstante, es importante señalar que la citada Recomendación al referirse a aquellos Estados en los que la policía es independiente del Ministerio Fiscal, como es nuestro caso, insista en la obligación de los Estados de establecer medidas para que haya una apropiada y funcional cooperación entre el Ministerio Fiscal y la policía: “States where the police is independent of the public prosecution should take effective measures to guarantee that there is appropriate and functional co-operation between the Public Prosecution and the police”.

La Recomendación (2000) a la que nos hemos referido también se ocupa de un tema polémico en nuestro país, cual es la relación entre Ministerio Fiscal y Poder Ejecutivo. Dicha Recomendación entendiéndola complicada pronunciarse sobre la independencia del Ministerio Fiscal, dado que en los distintos Estados existen distintos modelos que van desde la

absoluta independencia del Ministerio Fiscal hasta la dependencia del Ejecutivo, optó por marcar caminos de actuación para cada modelo<sup>101</sup>.

Vemos pues, que la independencia, aunque se apunte de soslayo, es la premisa que marca la Recomendación, si bien dicha independencia respecto al Ejecutivo nunca debe suponer una absoluta desvinculación del Ministerio Fiscal respecto a la política criminal, por considerarse ésta como competencia del Ejecutivo.

Además de todo lo expuesto, no debemos dejar de lado que el Consejo de Europa, desde la promulgación del CEDH, continúa realizando una labor en materia de protección derechos fundamentales, y así a raíz del citado Convenio se introdujo en Europa una cultura de protección de los derechos humanos, que habían sido ciertamente vilipendiados durante la contienda de la Segunda Guerra Mundial. Así, todavía hoy, el Consejo de Europa, ante temas tan escabrosos como el terrorismo, sobre todo tras los atentados terroristas del 11 de Septiembre de 2001, realiza un llamada de

---

<sup>101</sup> MORAN MARTÍNEZ, Rosa: *El Ministerio Fiscal en Europa. Pautas de convergencia*, Hacia dónde va el Ministerio Fiscal, Perspectivas europeas, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, nº 3, 2002, pág. 514: “la Recomendación 13 diferencia entre instrucciones generales, para las que solo requiere que se den por escrito y sean publicadas, y las instrucciones sobre asuntos concretos. En estas última, admite las ordenes referidas a la acusación pero extremando las exigencias de publicidad y transparencia, obligando al Gobierno, antes de dar la orden que debe ser motivada, a solicitar el informe del Fiscal competente, debe garantizarse además la libertad de palabra del Fiscal en la vista oral. Sin embargo, prohíbe las instrucciones dirigidas a solicitar el archivo y de admitirse, exige un control específico y adecuado. Se trata como dice la Exposición de Motivos de reservar la apreciación del archivo en oportunidad al Ministerio Fiscal y solo a él. En los Estados en los que el Ministerio Público es independiente se aconseja la determinación normativa de la extensión de sus facultades independientes y la cooperación con las instituciones del Estado con el objetivo de evitar el corporativismo y asegurar la coherencia en la ejecución de la política criminal”

atención, exigiendo la salvaguardia de los derechos de aquellas personas detenidas o inculpadas por actos terroristas, porque tan sólo desde el respeto a los derechos fundamentales cabe llegar a sentencias justas, único modo del que dispone el Estado de derecho para acabar con el fenómeno terrorista. En estos casos, el instructor debe ser el primer garante de los derechos del detenido, pues sólo de una instrucción marcada por el respeto a los derechos fundamentales es posible llegar a una sentencia condenatoria sin vulneración de derechos fundamentales, partiendo siempre de que la instrucción debe ser llevada a cabo por el órgano establecido en la ley, y no por el órgano que las circunstancias aconsejen según la envergadura del caso.

Pues bien, en esta materia el Comité de Ministros del Consejo de Europa en la Reunión 804<sup>a</sup> de los Delegados de Ministros aprobó el 11 de Julio de 2002 las “*Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo*”<sup>102</sup>, en cuyo texto se deja constancia de la enorme preocupación que suscita en Europa el citado asunto y “considerando que el terrorismo atenta

---

<sup>102</sup> “Una persona acusada de actividades terroristas tendrá derecho a que su causa sea juzgada de forma justa, en un plazo razonable, por una jurisdicción independiente, imparcial y establecida por la ley.

*Una persona acusada de actividades terroristas se beneficiará de la presunción de inocencia.*

*Las particularidades relacionadas con la lucha contra el terrorismo podrán no obstante justificar ciertas restricciones de los derechos de defensa, especialmente en lo que se refiere a: las modalidades de acceso y contacto con el abogado; las modalidades de acceso al expediente; la utilización de testimonios anónimos.*

*Dichas restricciones al derecho de la defensa serán estrictamente proporcionales al fin perseguido y deberán tomarse medidas compensatorias para proteger los intereses del acusado con el fin de que sea mantenido el carácter equitativo del proceso y que los derechos de defensa no queden vacíos de todo contenido”.*

gravemente contra los derechos humanos, amenaza siendo una amenaza para la democracia y su principal objetivo es desestabilizar gobiernos legítimamente constituidos y minar la sociedad civil pluralista”; pero no por ello se deja de lado el que los Estados tengan en su lucha contra el terrorismo la obligación de respetar “instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y en caso de los Estados miembros, muy especialmente el Convenio para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Se trata esencialmente de evitar cualquier conato por parte de los Estados miembros de usar el “todo vale” contra una lucha tan sumamente compleja como es la que los Estados deben llevar contra el terrorismo. La investigación criminal, con independencia de en qué persona o institución recaiga, debe respetar los límites marcados por los tratados internacionales, máxime en materia de derechos humanos.

Puede parecer que nada nuevo se añade al elenco de derechos que el propio CEDH ya estableció, pero, ciertamente, no está de más el recordar que la vigencia del Convenio está por encima de acontecimientos más o menos duros, y reprobables, pues sólo partiendo de enjuiciamientos justos se podrá acabar con lacras deleznable como el terrorismo, crimen organizado, genocidios, etc.

En el marco del Consejo de Europa debemos mencionar también la Declaración de Burdeos<sup>103</sup> que ha declarado que “EL CCJE y el CCPE,

---

<sup>103</sup> Estrasburgo, 8 de Diciembre 2009, INFORME N°12 (2009) DEL CONSEJO CONSULTIVO DE JUECES EUROPEOS (CCJE) E INFORME N°4 (2009) DEL CONSEJO CONSULTIVO DE FISCALES EUROPEOS (CCPE) A LA ATENCIÓN DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE “JUECES Y FISCALES EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA”. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1605629&Site=DGHL-Judges-CCJE>

desean hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación de los Arts. 5.3 y 6. del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Se trata en particular de las decisiones en las que el Tribunal afirma la exigencia absoluta de independencia frente al ejecutivo y también con respecto a las partes, que debe ser requerida a “todo magistrado que ejerza funciones judiciales”, no obstante este requerimiento no excluye la subordinación a una autoridad jerárquica judicial independiente. Toda atribución de funciones judiciales a los fiscales, debiera quedar restringida a los asuntos que no puedan implicar, más que la imposición de sanciones menores, no debiera poder acumularse con el poder de investigación en la misma causa y no debiera restringir de cualquier modo el derecho de la persona respecto de quien se sospecha que ha cometido una infracción penal, a obtener sobre la misma causa una decisión emanada de una autoridad independiente e imparcial , que ejerza funciones judiciales” (punto 7°).

La independencia respecto del ejecutivo se convierte así en necesidad imperiosa en el ejercicio de la función de los jueces. Independencia que es premisa de la separación de poderes, preconizada por Montesquieu en su obra "*Del Espíritu de las Leyes*" en la que se define el *poder* a la vez como función y como órgano, y que desde luego es poco discutida desde un punto teórico en nuestro días, aunque no por ello dejemos de comprobar cómo los intentos de injerencias de un poder en otro (en particular el ejecutivo) sigue siendo una constante. Pero en el caso de los Fiscales, su difícil encaje en la división de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) viene tradicionalmente dificultando la independencia,

quizá por la simplista visión de que si no es poder judicial ni legislativo, debiera depender del ejecutivo. No obstante, debemos alejarnos de un reduccionismo simplista y teórico que poco ayuda a configurar una institución acorde con las premisas marcadas por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, pues en suma de lo que se trata es de hacer que prevalezca la independencia del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones.

La citada Declaración de Burdeos en su punto 8º, afirma también que “el establecimiento de un estatuto de independencia para los fiscales, requiere determinados principios básicos, en concreto:

- no deben estar sometidos en el ejercicio de sus funciones a influencias o a presiones, cualquiera que sea su origen, externas al ministerio público.
- han de estar protegidas por la ley: su selección inicial, su carrera profesional, su seguridad en el ejercicio de las funciones propias, comprendiendo en ella la garantía de inamovilidad, de modo que el traslado de funciones solo pueda efectuarse con arreglo a la Ley, o con el consentimiento de la persona afectada, y su remuneración”.

Vemos por tanto que la independencia de los Fiscales requiere por una parte la no injerencia de cualquier otra fuente de poder, así como la garantía para quien ejerce como Fiscal en el sentido de que su independencia no se verá afectada por ningún tipo presión sobre sus condiciones laborales. Pues bien, estas premisas de independencia son básicas en la configuración de la propia institución Fiscal, pero si además a dicha institución de le encomienda la instrucción de los procesos penales, la garantía de independencia debe quedar absoluta y rotundamente clara.

#### 4. Recomendaciones de la Unión Europea en materia de instrucción penal

Unificar criterios dentro de la Unión Europea en materia de derecho procesal penal es ciertamente una labor ingente debido a la disparidad de soluciones que en cada país se ha ido dando al proceso penal. No olvidemos que es en Europa donde surgen históricamente las distintas concepciones jurídicas que hoy, evolucionadas, han dado pie a las distintas formulaciones o modelos de procesos penales.

Partiendo de tales premisas, lo que no es discutido en Europa es el marco de actuación y las garantías que deben respetarse en el proceso penal, máxime si, como hemos visto, existen normas de rango internacional que vinculan a los Estados. Pero el desarrollo del proceso penal y los órganos que intervienen sí que es materia de difícil armonización en el seno de la Unión Europea.

Uno de los intentos de armonización en la Unión Europea lo constituye el *Corpus Iuris*<sup>104</sup>, que aún sin ser derecho positivo es en palabras de QUERALT “en sí mismo un hecho de la máxima relevancia jurídica y política para la construcción efectiva de la Comunidad Europea en su sentido más primigenio, superando la mera conjunción de intereses

---

<sup>104</sup> Se trata de un proyecto de la Unión Europea para la protección penal y procesal penal de sus intereses financieros. Por iniciativa de la Comisión Europea un grupo de expertos dirigidos por Mireille Delmas – Marty confeccionó un sistema penal mixto articulado a partir de las legislaciones penales de los Estados, pero sobre la base del derecho comunitario. Su texto es de 1999, y aunque su objeto está delimitado por la persecución del fraude y protección del presupuesto de la Unión Europea, lo cierto es que se ha convertido en el único intento llevado a cabo hasta la fecha para la armonización del proceso penal en Europa.

económicos y sociales”<sup>105</sup>. Así, aunque pudiera resultar en la actualidad algo utópico pensar en un cuerpo normativo unificado europeo, no puede olvidarse que la construcción de un sistema penal único se sustenta primordialmente en el respeto a una serie de garantías democráticas que básicamente están presentes en todos los países europeos, por lo que no es descabellado pensar en ese futuro que permita un enjuiciamiento idéntico en todos los países de la Unión Europea. Lo que tuvo de nuevo el *Corpus iuris* es que introdujo en el debate europeo esa posibilidad de armonización. El derecho penal y el derecho procesal penal podrán ser parte del derecho comunitario y ese era un avance importante en la materia<sup>106</sup>.

El citado *Corpus Iuris* dio al Ministerio Público un papel relevante, proponiendo la figura del Ministerio Público Europeo<sup>107</sup>, institución independiente tanto de los Estados como de los órganos comunitarios, por lo que podemos comprobar que los elaboradores del Proyecto otorgaron mucha relevancia a la independencia como nota característica de esta

---

<sup>105</sup> QUERALT, Joan J.: *El Ministerio Público europeo en el “Corpus Iuris”*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 16-XII-99, Año IX, nº 418.

<sup>106</sup> En palabras de TORRES DULCE LIFANTE “el *Corpus Iuris* no ha apostado por la creación de un Tribunal Penal Europeo; su visión es sólo la de crear un Ministerio Fiscal Europeo, dejando subsistente los sistemas judiciales europeos, en los que aquel Ministerio Fiscal Europeo tendría Fiscales delegados. Ese Ministerio Fiscal, y sus delegados nacionales, serían los que investigarían y perseguirían los eurodelitos, lo que necesariamente, por mor del principio de legalidad, ha de obligar a una codificación de los mismos”. TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo: *Necesidades de armonización de los Ministerios Públicos de la Unión Europea. El modelo de propuesta del Ministerio Fiscal Europeo Corpus Iuris*, Revista del Ministerio Fiscal, nº 9, 2001, Ministerio de Justicia, pág. 270.

<sup>107</sup> Art. 18.2 del *Corpus iuris* “*El MPE es una autoridad de la Comunidad Europea, responsable de la investigación, la persecución, la elevación a juicio de la causa, el ejercicio de la acción pública ante la jurisdicción de enjuiciamiento y la ejecución de las sentencias relativas a las infracciones antes definidas (arts. 1 a 8). El MPE será independiente tanto respecto de las autoridades nacionales como respecto de los órganos comunitarios*”.



institución, partiendo de un nombramiento por el Parlamento Europeo a propuesta de la Comisión, emulando así el sistema de nombramiento que impera en algunos países europeos, pero en cualquier caso, haciendo hincapié en la independencia como nota característica.

En lo que a sus competencias en materia de investigación se refiere el art. 20.2 del *Corpus iuris* establece que “Los poderes propios del FGE comprenden: a) la dirección general de las investigaciones y su delegación a uno o más FED, en las condiciones y con los límites que se definen posteriormente (art. 20, párr. 3). b) la coordinación de las investigaciones llevadas a cabo tanto por los FED como por los servicios de policía nacionales y las administraciones nacionales competentes y, en su caso, por la OLAF; esta coordinación podrá hacerse en forma de recomendaciones orales o escritas dirigidas a los servicios respectivos. c) el reclamo del conocimiento de asuntos cuya investigación revele que conciernen en todo o en parte a infracciones definidas anteriormente (arts. 1 a 8)”. Así pues, dirección de la investigación, coordinación y posibilidad de hacer suyas aquellos asuntos que caigan en su ámbito sustantivo de competencia.

Nos encontramos, pues, con una propuesta homogeneizadora de diferentes ordenamientos jurídicos, por lo que resulta interesante a los efectos del presente trabajo que se opte por un Fiscal director de la investigación y por la creación de un juez de garantías. Parece ser que este sistema es por el que se vienen decantando los países de nuestro entorno y de cara a una futura armonización procesal penal a nivel europeo parece que este sería el sistema elegido<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> Este sistema de investigación que propuso el *Corpus iuris* y como afirma GÓMEZ COLOMER “tiene, si se permite la expresión, doble nacionalidad, aunque deba ser considerado como un todo, lógicamente. La primera fase, la investigación, procedimiento preliminar o fase preparatoria es

No obstante, y a los presentes efectos, lo más interesante son los poderes concretos que se atribuyen al Ministerio Fiscal, que vienen recogidos en el art. 20.3 del *Corpus iuris*: “a) el interrogatorio del imputado, en condiciones que respeten sus derechos enumerados a continuación (art. 29); b) la aportación de los documentos y/o los datos informatizados necesarios para la investigación y, en su caso, el traslado al lugar donde haya sido cometida la infracción; c) la solicitud dirigida al Juez a fin de que ordene una prueba pericial en las condiciones definidas a continuación (art. 29); d) los registros, embargos e incautaciones y escuchas telefónicas ordenadas, conforme a la regla enunciada a continuación (art. 25 bis), previa la autorización<sup>30</sup> de un juez o bajo su control y practicados respetando los derechos del acusado (art. 32); e) el interrogatorio de testigos que acepten cooperar con la justicia y, en su caso, de los testigos obligados a comparecer en las condiciones indicadas a continuación (art. 32); f) la notificación de los cargos al acusado respetando los derechos enunciados más adelante (art. 29). g) la solicitud de una orden de detención o de puesta bajo control judicial”.

Finalmente merece especial mención la figura del Juez de garantías que establece el *Corpus*, evidenciando con ello que no cabe una investigación penal sin la salvaguarda de un órgano jurisdiccional. Se hace pues necesario no sólo que el fiscal sea independiente sino que sus actos de

---

europea, pues es llevada por un MFE o por un FED conforme a sus normas; pero luego el juicio y el recurso ordinario, así como la ejecución en su caso, tienen lugar ante y se desarrollan por las autoridades judiciales nacionales aplicándose básicamente las normas internas”. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto “corpus iuris”)*, Revista Latinoamericana de Derecho, Año V, núm. 9-10, enero-diciembre 2008, pág. 115-157.

investigación que implique restricción de derechos, esté garantizada por un órgano imparcial<sup>109</sup>.

Por otro lado, la preocupación constante por aunar esfuerzos tendentes a luchar contra la criminalidad llevó a la creación, esta vez sí en firme, de EUROJUST, creado por la Decisión 2002/187/JHA del Consejo, (modificada por la Decisión 2009/426/JHA del Consejo, de 16 de diciembre de 2008), con la idea de aumentar la eficacia de las autoridades nacionales en la investigación y persecución de las formas graves de delincuencia organizada y transfronteriza, y llevar a los delincuentes ante la justicia de forma rápida y eficaz. El objetivo de Eurojust es convertirse en un elemento clave en la cooperación y un centro de conocimiento y experiencia a nivel judicial en la lucha efectiva contra la delincuencia organizada transfronteriza en la Unión Europea.

Para este fin, EUROJUST articula mecanismos de cooperación entre los Ministerios fiscales de cada estado, evidenciando con ello la primacía que los mismos tienen entre los países de nuestro entorno en la investigación penal, aunque lo cierto es que en su composición, dado el distinto elenco de sistemas procesales existente en Europa, existen fiscales,

---

<sup>109</sup> Art. 25.1 bis Corpus iuris: “1. Durante toda la duración de la fase preparatoria, la garantía judicial será ejercida por un juez independiente e imparcial, llamado “Juez de las libertades”, designado por cada Estado Miembro en el seno de la jurisdicción que tendrá su sede en el mismo lugar en el que se encuentre establecido un FED. Este Juez será igualmente competente para ordenar, en caso necesario, un peritaje o incluso las medidas cautelares respecto a los hechos que son objeto de la persecución, cuando la existencia de obligación no sea seriamente discutible y cuando dichas medidas fueran necesarias para la preservación de los intereses civiles y proporcionados a éstos. El juez de las libertades aplicará además del Corpus Juris su propio derecho nacional”.

jueces y funcionarios de policía. Pero curiosamente en las Conclusiones de la Conferencia EUROJUSTICIA 2000, celebrada en Santander los días 24 y 27 de Octubre de 2000, se insistió en la importancia de la cooperación dentro de la Unión Europea en materia de investigación criminal, abogando por “crear y perfeccionar mecanismos de coordinación y actuación interna de cada Ministerio Fiscal y entre los Ministerios Fiscales de cada uno de los Estados Miembros, de forma que se desarrollen maneras más eficaces de cooperación en la lucha contra las formas de criminalidad que están en el centro de la preocupación de la Unión Europea y de los Estados que la componen”. Evidencia tal planteamiento una primacía de la investigación por parte del Ministerio Fiscal sobre otras figuras en la mayoría de los Estados miembros, de tal forma que se pretende promocionar esa unificación de cara a la investigación y persecución de la criminalidad transfronteriza.

Como vemos la Unión Europea continúa avanzando en materia de cooperación judicial de cara a la lucha contra la criminalidad, agilizando investigaciones transfronterizas y en cualquier caso abogando claramente por una absoluta separación entre el director de la investigación y el órgano jurisdiccional que asuma la protección de los derechos fundamentales de los acusados durante la instrucción.

##### 5. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>110</sup> es, sin duda, un paso importante en la armonización de los derechos fundamentales dentro de la Unión Europea, por lo que no podemos pasar

---

<sup>110</sup> (2007/C 303/01) Publicado el 14-12-2007 (Diario Oficial de la Unión Europea).

alto un logro así. Dicha carta vino a poner en vigor la Parte II del malogrado *Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa* firmado en Roma el día 29 de Octubre de 2004<sup>111</sup>, evitando así, que una parte tan absolutamente fundamental del mismo quedara simplemente en el olvido. De esta forma dicha Carta se ha convertido en norma directamente aplicable y exigible en los Estados Miembros, configurando así un elenco de derechos fundamentales directamente emanados de las propias instituciones comunitarias.

En relación al proceso penal y concretamente en relación a la instrucción son dos preceptos los que tienen importancia, nos referimos a los artículos 47 a 50<sup>112</sup> de la citada Carta.

---

<sup>111</sup> El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa sufrió un tortuoso camino desde que inicialmente en el Consejo Europeo de Niza se planteara la necesidad de delimitar mejor las competencias, establecer una Carta de Derechos Fundamentales y simplificar los Tratados. Posteriormente el Consejo Europeo de Laeken convocó una Convención con el objeto de iniciar un debate sobre las cuestiones esenciales necesarias para el desarrollo de la Unión Europea. Dicha Convención Europea inició sus trabajos el 28 de Febrero de 2002 y los finalizó el 18 de Julio de 2003 (documento CONV 850/0), fecha esta última en la que la Convención Europea hizo entrega al Presidente en ejercicio del Consejo de Europeo del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. El 4 de Octubre de 2003 comenzaron los trabajos en la Conferencia Intergubernamental, y finalmente los Gobiernos de los Estados miembros alcanzaron un acuerdo en el Consejo Europeo de Bruselas celebrado los días 17 y 18 de Junio de 2004. Finalmente la Constitución fue firmada en Roma el 29 de Octubre de 2004, iniciándose a continuación el proceso de ratificación por cada Estado miembro. En España fue sometido a referéndum el día 20 de Febrero de 2005, obteniéndose una abrumadora mayoría a favor del mismo. No obstante, la falta de ratificación por parte de varios Estados, provocó una grave crisis dentro de Unión, que finalmente se resolvió con un acuerdo de consenso que se materializó en el *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea* (13 de diciembre de 2007), que lejos de articular una Constitución para Europa, se limitó a solventar las cuestiones más apremiantes.

<sup>112</sup> “Artículo 47 Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial

Así en el ámbito del proceso penal y de la investigación criminal es extraordinariamente significativo que por fin un texto de la Unión Europea se ocupe de los derechos fundamentales, y de las garantías que deben tener los mismos dentro del proceso penal. Este elenco de derechos básicos constituye sin duda un gran avance dentro de la unificación europea, no ya porque tengan carácter novedoso (pues los derechos reconocidos ya estaban recogidos en todos los ordenamientos nacionales e incluso en normas

---

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Artículo 48 Presunción de inocencia y derechos de la defensa

1. Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.
2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.

Artículo 49 Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.
2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.
3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

Artículo 50 Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción

Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”.

internacionales ratificadas por los Estados) sino por el mero hecho de su reconocimiento específico a nivel comunitario.

De los cuatro artículos mencionados, son los arts. 48 y 49 los que más condicionan la labor instructora, primero por fijar la necesidad de un juez imparcial, y segundo por exigir la presunción de inocencia y el derecho de defensa durante esta parte del proceso. Estos dos derechos son condiciones ineludibles de cualquier investigación penal: no doblegarse ante cualquier conato de mediatización del proceso penal es sin duda una premisa básica en la actividad de cualquier instructor.

Finalmente diremos que aunque la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no marca las líneas básicas que la figura del instructor debe tener en cada Estado miembro, pues tal pretensión sería inviable, dada la multitud de modelos y las divergencias tan radicales existentes entre los distintos países, lo cierto es que, siguiendo la tendencia que se va generalizando en Europa, cuando se configure el embrión de lo que pudiera ser la Fiscalía Europea parece que se abogaría por un fiscal con capacidad investigadora e instructora.

Así, el artículo 86 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea en su versión consolidada (art. 69.E) del Tratado de Lisboa establece la posibilidad de crear una Fiscalía Europea<sup>113</sup>. Pues bien, la nota

---

<sup>113</sup> “1. Para combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, una Fiscalía Europea a partir de Eurojust. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

En caso de falta de unanimidad, un grupo de al menos nueve Estados miembros podrá solicitar que el proyecto de reglamento se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento en el Consejo. Previa deliberación, y en caso de alcanzarse un consenso, el Consejo

que caracteriza dicha Fiscalía en lo que a instrucción se refiere es quizá la competencia para “*descubrir*” e “*incoar*” un procedimiento penal. Dicho de otro modo se está pensando en una instrucción en manos de un Fiscal cuyas actuaciones, cuando afecten derechos fundamentales, estén amparadas por control jurisdiccional, y como tal imparcial.

Pues bien, tal modelo de instrucción imperante en los países de nuestro entorno debe ser, sin duda, un punto de reflexión para nuestro proceso penal, primero porque puede servir de modelo, y segundo porque parece obvio que se tiende hacia una armonización del derecho procesal y

---

Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo para su adopción. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de reglamento de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 10 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 280 D del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada.

2. La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento contemplado en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones.

3. Los reglamentos contemplados en el apartado 1 fijarán el Estatuto de la Fiscalía Europea, las condiciones para el desempeño de sus funciones, las normas de procedimiento aplicables a sus actividades y aquéllas que rijan la admisibilidad de las pruebas, así como las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos procesales realizados en el desempeño de sus funciones.

4. Simultáneamente o con posterioridad, el Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que modifique el apartado 1 con el fin de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia grave que tenga una dimensión transfronteriza, y que modifique en consecuencia el apartado 2 en lo referente a los autores y cómplices de delitos graves que afectan a varios Estados miembros. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo y previa consulta a la Comisión”.



penal de los distintos países de la Unión, cosa que de momento parece inviable y lejana, pero no por ello utópica. La tendencia parece ir por esos derroteros, aceptar la internacionalización de la Justicia como único modo de luchar contra la delincuencia internacional y contra el terrorismo y mafias supranacionales, pasa irremediabilmente por ir configurando procesos homogéneos y equiparables en los distintos Estados, y esto debemos observarlo como una consecuencia ineludible del proceso de globalización que nos ha tocado vivir.

En relación a la creación de la Fiscalía Europea el propio Fiscal General del Estado en mayo de 2011 abogaba abiertamente por su creación, insistiendo en la necesidad de la misma “como una consecuencia natural de un proceso de evolución engarzado con todos los avances y conquistas que para todos los Fiscales se han ido consiguiendo con el transcurso de los años”<sup>114</sup>. Esta idea que obviamente necesita el necesario apoyo político de los Estados Miembros, se ha venido frenando por las reticencias a cualquier cuestión que pudiera implicar decisión de soberanía nacional<sup>115</sup>, pero pese a

---

<sup>114</sup> Intervención del Fiscal General del Estado en la IV Reunión anual de la Red de Fiscales Generales ante el Tribunal Supremo, Roma, 27 de Mayo de 2011.

<sup>115</sup> *“Para que esta esperanza alcance su culminación y se constituya una Fiscalía Europea necesitamos aceptar que su creación depende todavía de muchos condicionantes. Especialmente del condicionante que supone el rechazo emocional a la pérdida de «soberanía» al que hacía mención el Director General de la OLAF, Hermann Brüner, en su intervención. Y es cierto, pero también lo es que este tipo de emociones defensivas son superables, recordemos el rechazo emocional que suponía la pérdida de la peseta, el franco, la lira, el marco, etc. y sin embargo se han sustituido por el euro. Por tanto, debemos comenzar a superar este tipo de oposición sentimental, porque además estoy convencido, que no proviene de la ciudadanía europea sino del temor de ciertos gobiernos a la pérdida de control. La inevitable resistencia a la cesión de poder”*. (Cándido Conde Pumpido). ESPINA RAMOS, Jorge Angel y otro: La Futura Fiscalía Europea. Madrid, 2009. Pág. 211.

ello, el 17 de julio de 2013 la Comisión Europea presentó su propuesta de Reglamento de la Fiscalía Europea, proponiendo su creación como órgano de la Unión Europea, con un claro fin de luchar contra los delitos que afectan a los intereses financieros de la Unión. La Fiscalía Europea será responsable de investigar, procesar y llevar ante los tribunales a los autores y cómplices de los delitos citados y dirigirá y supervisará las investigaciones e incoará procedimientos penales, incluido el archivo del caso. La Fiscalía Europea ejercerá las funciones de Fiscalía en los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros, respecto de los delitos mencionados, incluida la presentación de una imputación y cualquier recurso hasta que se resuelva el caso.

Vemos también según el proyecto de Reglamento citado que ante todo se prevé una Fiscalía Europea independiente, nota característica que se preconiza ya de toda Fiscalía en un sistema democrático, de forma que el Fiscal Europeo, sus delegados y el personal, los fiscales delegados y su personal nacional, no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ninguna persona, Estado miembro o institución, órgano, organismo o agencia de la Unión en el desempeño de sus deberes. De igual modo, las instituciones, órganos, organismos o agencias de la Unión y los Estados miembros respetarán la independencia de la Fiscalía Europea y no intentarán influirla en el ejercicio de sus funciones. El Fiscal Europeo rendirá cuentas ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea en cuanto a las actividades generales de la Fiscalía Europea, en particular, presentando un informe anual.

Así, el pasado día 12 de marzo de 2014, el Parlamento Europeo se pronunció en Resolución de esta fecha sobre la propuesta de Reglamento

del Consejo relativo a la creación de la fiscalía Europea<sup>116</sup>, dando su aprobación a la misma y proponiendo mejoras al texto. De estas propuestas mencionaremos dos que consideramos trascendentes de cara a la creación de cualquier institución con responsabilidad en la investigación penal, por un lado el respecto al derecho de defensa<sup>117</sup> y por otro lado la independencia de la institución<sup>118</sup>.

Por tanto, la Unión Europea, como institución supranacional, aboga abiertamente por una figura de fiscal investigador independiente lo que en

---

<sup>116</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea (COM(2013)0534 – 2013/0255(APP))

<sup>117</sup> “Todas las actividades de la Fiscalía Europea deben garantizar una elevada protección de los derechos de defensa, sobre todo si se considera que la Unión puede convertirse en un espacio en el que puede actuar la Fiscalía Europea, a la velocidad de funcionamiento, sin recurrir a instrumentos de asistencia jurídica mutua; en este sentido, respetar unos estándares mínimos de la UE en el ámbito de los derechos de las personas en los procedimientos penales en todos los Estados miembros es esencial para el funcionamiento adecuado de la Fiscalía Europea”. Punto 6.I de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea (COM(2013)0534 – 2013/0255(APP)).

<sup>118</sup> “Para garantizar que la Fiscalía Europea pueda asegurar altos niveles de independencia, eficacia, experiencia y profesionalidad, es necesario que su personal sea el más cualificado y asegure el logro de los objetivos establecidos en la presente resolución; en particular, dicho personal puede proceder de la judicatura, de la profesión jurídica o de otros sectores en los que hayan adquirido la experiencia y los conocimientos profesionales mencionados, así como el conocimiento adecuado de los sistemas jurídicos de los Estados miembros; en este sentido, lo que plantea la Comisión en el apartado 4 de la exposición de motivos de la propuesta en términos de costes globales debe conjugarse con las necesidades reales de eficiencia y funcionalidad de la propia Fiscalía”. Punto 7.III de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea (COM(2013)0534 – 2013/0255(APP))

realidad supone decantarse por el sistema imperante en los países democráticos de nuestro entorno.

### **III. MODELOS ACTUALES DE INSTRUCCIÓN: DERECHO COMPARADO**



## 1. El instructor en Alemania

La figura del instructor penal cambió en Alemania en 1974, de forma que se impuso una instrucción en manos del Ministerio Fiscal, aunque en realidad lo que se hizo fue adaptar la norma jurídica a la práctica, pues lo cierto era que aunque la instrucción estaba en manos de los jueces de instrucción, la práctica demostraba que ésta era llevada a cabo por la policía y el Fiscal. Como afirma GÓMEZ COLOMER, lo que se hizo fue “legalizar la práctica”<sup>119</sup>. Y así, en palabras de BOSS en la actualidad “el ministerio Fiscal es dueño y señor del proceso de instrucción. El juez solamente actuará durante la instrucción en caso de que el Fiscal quiera llevar a cabo una serie de investigaciones y que sólo puedan ser autorizadas por un juez”<sup>120</sup>.

Respecto a la introducción del Ministerio Fiscal en Alemania, podemos decir que no es una institución de largo arraigo histórico sino que muy al contrario surge con la introducción del sistema acusatorio, prácticamente ya en el siglo XIX. La doctrina<sup>121</sup> ha venido barajando dos motivos que originaron el cambio al sistema actual: en primer lugar se esgrime que la instrucción del juez instructor proviene de un modelo de corte inquisitivo que debe ir siendo superado, por incompatibilidades con el

---

<sup>119</sup> GÓMEZ COLOMER, José Luis: *El debate acerca del quién de la investigación a la luz de la experiencia y el modelo procesal alemán*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI-2001, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”. Madrid, 2001, Pág 99.

<sup>120</sup> BOSS, Hans, dentro de la obra de MACÍA GÓMEZ, Ramón y otros: *Sistemas de Proceso penal en Europa*, Barcelona, 1998, pág. 26.

<sup>121</sup> En este sentido puede ver el artículo de GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado*, Rev. Del Ministerio Fiscal, nº 4, 1997, Ministerio de Justicia, pág. 91 y 92.

Estado de Derecho. En segundo lugar, y con toda lógica, se mantiene que la instrucción por el Juez instructor va radicalmente en contra del principio de economía procesal. Y en este punto fue importante también el reconocer que la duplicidad de actuaciones que se producía, dado que las actuaciones del Fiscal era luego reproducidas ante el Juez instructor, conllevaba un innecesario gasto al erario público que no era admisible<sup>122</sup>.

No ha sido un cambio exento de críticas, pues además se veía como una forma de control estatal sobre la actividad jurisdiccional, más que como una garantía, dado que al Fiscal General del Estado lo nombra el Presidente de la República, a propuesta del Ministerio de Justicia pero con el consentimiento de la Cámara territorial (Bundesrat). Así, nos encontramos, con una vinculación al Ejecutivo que puede poner en tela de juicio su propia independencia, máxime si tenemos en cuenta que en Alemania el Ministerio Fiscal ostenta el monopolio de la acción penal, pues no existe la acción popular.

Como afirma MUHN, “el poder político puede influir en cualquier fase del proceso sobre el curso de la acción penal, tanto ordenando el archivo, como decidiendo las modalidades del trámite, sustituyendo a los fiscales encargados, o avocando las investigaciones”<sup>123</sup>. De hecho se han dado casos de archivo de asuntos que tenían cierto calado político lo que ciertamente pone en tela de juicio el propio modelo procesal, pues esa excesiva vinculación al poder político en nada beneficia a la persecución criminal en las altas esferas.

---

<sup>122</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un estado de derecho*, México D.F., 2008, pág. 112.

<sup>123</sup> MUHM, Raoul: Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana (crisis del modelo y perspectivas), *Jueces para la democracia*, 22, 2/1994, pag. 94.



Sobre todo llama mucho la atención, aunque haya sido en Alemania de escasa aplicación práctica, la posibilidad en aplicación del principio de oportunidad de archivar asuntos de interés de índole político, lo cual está expresamente regulado en el *Strafprozessordnung*. A nuestro parecer es una intromisión política inadmisibles la que subyace bajo tal posibilidad, dado que ningún esclarecimiento de la verdad con el fin de hacer justicia puede suponer un perjuicio tal al Estado que haga ser más ventajoso el archivar el asunto. Los intereses del Estado no son los intereses de los políticos que comete delitos y por ello tal sistema no ha estado exento de críticas por la doctrina alemana. Pues bien, la labor central del MF debe ser, según está previsto, la de llevar la investigación criminal, aunque lo cierto es que, probablemente por la escasez de medios, se suelen dedicar más que a investigar, que de hecho lo hace la policía, a ejercitar la acusación<sup>124</sup>.

Pero, ¿qué principios rigen en Alemania para el ejercicio de la acción penal? Algunos son comunes a los que imperan en nuestro sistema, pero otros, como el principio de oportunidad son menos usuales. Dicho principio en el sistema alemán no implica que no rija en el principio de legalidad, que obliga a investigar todo hecho con apariencia delictiva, sino que queda matizado por la posibilidad de que jueces y fiscales “atendidas las circunstancias del caso, deberán archivar el proceso seguido por unas infracciones que están comprendidas en el ámbito de las siguientes excepciones establecidas por la Ley: Delitos de acción privada..., hechos punibles de escasa importancia..., hechos punibles accesorios no esenciales..., víctimas de chantajes..., hechos ocurridos en el extranjero..., delitos políticos..., resolución de una cuestión prejudicial de carácter penal,

---

<sup>124</sup> En este sentido, NIEVA FENOLL, Jorge: *El Ministerio Fiscal en Alemania*, Justicia 1999, Revista de Derecho Procesal, nº 3-4.

civil o administrativa...”<sup>125</sup>. Así resulta tan amplio el abanico de excepciones al principio de legalidad que puede hablarse de la vigencia del principio de oportunidad, que se define por la doctrina alemana como “aquel en atención al cual el Fiscal debe ejercitar la acción penal con arreglo a su discrecionalidad, en unos determinados supuestos regulados legalmente. En el mismo sentido, sostiene Roxin, que el principio de oportunidad es la contraposición teórica del principio de legalidad, mediante la que se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo -archivando el proceso- cuando, las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito”<sup>126</sup>.

Por ello, están regulados aquellos casos en los que cabe archivar un asunto en aplicación del principio de oportunidad, precisamente porque no tasar claramente cuándo puede aplicarse llevaría a la conculcación del principio de legalidad, pues el ejercicio de la acción penal quedaría dentro de la más absoluta discrecionalidad. Pero como afirma RITTER “aunque el principio de oportunidad tiene en la práctica gran importancia con respecto al la disminución de la carga de trabajo del sistema procesal penal, con el objeto de destinar los esfuerzos a la persecución y sanción de los delitos de mayor envergadura, no es en mi opinión realmente una excepción al principio de legalidad, sino más bien una limitación más o menos claramente establecida por la ley de su aplicación absoluta”<sup>127</sup>. Lo cierto es

---

<sup>125</sup> *Idem*.

<sup>126</sup> ARMENTA DEU, Teresa: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991, pág. 65.

<sup>127</sup> RITTER, Andreas: *El Ministerio Fiscal Alemán: Naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás Poderes del Estado*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI-2001, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”. Madrid, 2001, Pág 34.

que se pretende con la aplicación del principio de oportunidad el evitar que la criminalidad de bagatela colapse el sistema judicial, de forma que los medios humanos y materiales disponibles se empleen en investigar aquellos casos de verdadera trascendencia.

Pese a todo, cabría plantear si verdaderamente la aplicación del principio de oportunidad en un sistema procesal penal implica un reconocimiento implícito de escasez de medios para la investigación criminal, o incluso de incapacidad para poder penar todas aquellas conductas que la ley tipifica como delictivas, pues de nada sirve penalizar conductas (cada vez son más los tipos delictivos y más complejos) si luego no existen medios suficientes para investigar y juzgar a los culpables de tales delitos.

El principio de legalidad constituye también en Alemania un punto básico en el Ministerio Fiscal, pues existe la obligación de iniciar la investigación desde que tiene noticia de un crimen. No obstante, y extrañamente, dicho principio está modulado por el principio de oportunidad, pensando sobre todo en evitar que la criminalidad de bagatela impida la persecución de otros delitos menos importantes. Este problema se evitaría precisamente dotando al Ministerio Fiscal de los medios suficientes para que la criminalidad de bagatela no se convierta en un problema, pues de esta forma además se fomenta la seguridad ciudadana.

Así en el sistema alemán, el principio de oportunidad tiene una aplicación limitada a ciertos casos tasados legalmente, aunque a nuestro modo de ver de esta forma se pretende “salvar” el principio de legalidad, lo cual no es más que un subterfugio para evitar su aplicación estricta.

Establecer cauces judiciales más ágiles que permitan juzgar con fluidez la criminalidad de bagatela sería a nuestro entender mucho más coherente con el principio de legalidad que *despenalizar* conductas por la vía de la aplicación del principio de oportunidad. Lo cual no implica que se prevea legalmente cauces para que en casos de delitos de escasa importancia puedan establecerse medidas en vez de penas tendentes a la reparación del daño causado o a la resocialización, fin último al que debe tender todo sistema penal.

Desde otro punto de vista y atendiendo a nuestra tradición histórico-procesal llama la atención algunas notas de la instrucción en Alemania, como es el secreto de las diligencias de investigación, es decir de las actuaciones del Ministerio Fiscal. Parece ser que la investigación, como está encaminada a hacer acopio de pruebas inculpatorias, queda bajo la custodia del Fiscal para de esa forma preparar el juicio oral. Choca mucho con nuestro sistema, en el que no sólo prevalece la publicidad, sino que además el Ministerio Fiscal tiene una *misión superior* que le impide ser sólo parte buscadora de pruebas inculpatorias, pues es parte que tiende a que se haga justicia, es decir, al esclarecimiento de la verdad, porque su fin es “promover la acción de la justicia”.

De igual modo es bastante chocante que “no existe ninguna norma por la cual deba comunicarse al inculpado que se ha iniciado un proceso en su contra. El art. 163 de la Ley de Enjuiciamiento Penal solamente indica que el inculpado deberá ser interrogado antes de finalizar las investigaciones. En ese momento se le comunica qué delitos se le imputan, se le informa que puede rehusar a contestar y que puede consultar con un abogado defensor antes del interrogatorio. A un acusado sin medios no se le asignará abogado de oficio, excepciones a parte, ya que aquí no es válido el

principio de la defensa necesaria. El acusado podrá solicitar la incorporación de pruebas para su descargo y la Fiscalía General decidirá sobre ello a discreción. Ni el acusado ni su abogado defensor tienen derecho a examinar el expediente antes de que haya acabado la instrucción. Sin embargo el abogado defensor podrá solicitar ver algunas actas sobre determinadas actuaciones de la investigación”.<sup>128</sup>

Desde luego, poco o nada se escaparía en nuestro país de una declaración de inconstitucionalidad. Tan sólo vemos un talante digno de ser emulado por nuestro sistema procesal en la posibilidad de que antes del interrogatorio exista la posibilidad de que el inculcado pueda hablar con su abogado, lo cual en todo caso debería extenderse también al caso del detenido, pues no tiene sentido que por un lado se admita la existencia del derecho a mentir y por otro se prive de preparar una defensa coherente previamente a prestar declaración.

Por lo demás el sistema expuesto adolece a nuestro modo de ver de escollos insalvables si se pretendiera tomar como referencia para nuestro sistema. El derecho a ser informado de la acusación tiene alcance constitucional en nuestro país y por ello no se permitiría ese oscurantismo más propio de un sistema inquisitivo que de un sistema que presuma de acusatorio.

Pero ¿qué otros principios inspiran el modelo alemán? La doctrina no suele hacer mención al principio de imparcialidad, aunque otros principios como el de unidad de actuación (que favorece una uniformidad

---

<sup>128</sup> BOSS, Hans, dentro de la obra de MACÍA GÓMEZ, Ramón y otros: *Sistemas de Proceso penal en Europa*, Barcelona, 1998, pág. 28.

en la aplicación del derecho), el principio de dependencia jerárquica (que permite un control político sobre las decisiones de los fiscales, aunque éstos tienen una obligación prioritaria que servir a la Justicia), o el principio de independencia de los Tribunales (lógica consecuencia de la existencia de un sistema acusatorio) sí son tratados como configuradores de la institución.

En este punto llama la atención que, como apunta NIEVA, dado que el Ministerio Fiscal tiene el monopolio de la acción penal, si estima que un delito no es punible, pese a una constante jurisprudencia en sentido contrario, puede arrogarse una función pseudojudicial, pues en la práctica estaría absolviendo sin juicio; de igual modo, si optara por imputar un delito, aunque existiera jurisprudencia constante en el sentido de que tal conducta no es punible, el MF estaría persiguiendo conductas no punibles.<sup>129</sup>

Finalmente el principio de inmediación obliga al Ministerio Fiscal a asistir a las vistas. Es curioso que NIEVA comente precisamente la importancia de que el mismo Fiscal que investigue sea quien ejercite la acción penal, pues a su modo de ver es éste quien conoce bien los avatares de la instrucción y por tanto quien está más capacitado para llevarla a cabo. De modo contrario opina De la OLIVA cuando hablaba del Fiscal Prevenido, o sea aquel que perdía la imparcialidad precisamente por haber participado en la fase instructora dirigiendo la investigación.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> NIEVA FENOLL, Jorge: *El Ministerio Fiscal en Alemania*, Justicia 1999, Revista de Derecho Procesal, nº 3-4.

<sup>130</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988.

Si nos centramos ahora en la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal en Alemania, podemos decir que la polémica tiene el mismo calado que en nuestro país, sin que exista, ni mucho menos, una postura doctrinal homogénea sobre el tema. Así, la polémica surge en torno a si el Ministerio Fiscal es una figura integrada en el Poder judicial o en el Ejecutivo, dada la clara influencia de este último en la actuación del Ministerio Público, y ello especialmente en asuntos delicados con trascendencia mediática o política. La definición de Ministerio Fiscal comúnmente aceptada en Alemania en palabras de RITTER es la siguiente: “órgano de carácter jerárquico asignado al Poder judicial, cuya tarea se rige por el principio de legalidad dentro de una obligación absoluta y cuyas funciones fundamentales son asegurar una persecución penal eficaz de acuerdo con las leyes y con especial respeto por los derechos del inculpaado”<sup>131</sup>.

Por otra parte, la consideración del Fiscal como *parte* en el proceso penal alemán es también discutible porque se considera que el mismo persigue la averiguación de la verdad, y no persigue ningún interés propio. Desde luego tal postura, no encaja con lo que la doctrina española entiende, pero lo cierto es que si consideramos al Ministerio Público como parte debemos dar a la otra, es decir, al acusado y su defensa, los mismo medios de los que dispone el Ministerio Fiscal para la acusación, de lo contrario no existiría igualdad de armas. En este punto, en el proceso penal surge la necesidad de la dualidad de partes, como garantía precisamente de la imparcialidad del propio juez, que queda desvinculado de la acusación, al existir una parte, el Ministerio Fiscal, cuya misión principal es el ejercicio de la acción penal. No obstante, esta dualidad de partes debe ser matizada

---

<sup>131</sup> RITTER, Andreas: *El Ministerio Fiscal Alemán: naturaleza, funciones y relaciones con los demás poderes del Estado*. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI-2001, “El Ministerio Fiscal en el Derecho comparado”. Madrid, 2001. Pág. 25.

en nuestro proceso, pues además del Fiscal, cabe en el proceso la acusación particular y popular, que configuran así una pluralidad de partes acusadoras. Así el principio de igualdad de partes rige de forma clara durante el juicio oral, en el que ya si existe una igualdad de partes, de forma que ambas partes se colocan al mismo nivel frente al Juez, y no como ocurre durante la instrucción en la que no existe esa igualdad.

Pero, ¿qué funciones realiza el Ministerio Fiscal en Alemania durante la instrucción? Podríamos sintetizarlas en las siguientes:

1º Tramitación de denuncias.

2º Dirección y colaboración en la investigación

3º Realizar actuaciones urgentes: registro, inspecciones corporales, intervención de correspondencia,...

Ciertamente son éstas las funciones típicas que llevaría a cabo cualquier órgano instructor, pero lo cierto es que dada la escasez de medios materiales y humanos acaba siendo la policía judicial la verdadera instructora e investigadora de los delitos, de forma tal que el Fiscal se limita a entablar la acción penal, eso sí, teniendo siempre en cuenta que la afectación a derechos fundamentales durante la instrucción requiere la aquiescencia de un juez de garantías. Como afirma GÓMEZ COLOMER “la Fiscalía ordena a la Policía que investigue los hechos aparentemente delictivos, conforme a sus técnicas propias, siendo en la práctica la Policía



la verdadera instructora de las causas criminales”<sup>132</sup>. A pesar de ello, la Policía no es el órgano instructor sino quizás el instrumento o el medio para llevarla a cabo, lo que ocurre es que si este instrumento condiciona y decide sobre asuntos importantes de la instrucción, podría darse la paradoja de que la instrucción no estuviera amparada por la figura del Fiscal.

Finalmente si el Fiscal considera tener motivos suficientes para entablar la acusación promoverá la acción penal, pero la decisión sobre la apertura del proceso corresponde al órgano jurisdiccional. A partir de aquí, y en fase de juicio oral, el Ministerio Fiscal es quien debe estar presente y dirigir la acusación, conforme al principio acusatorio. No obstante, matizaremos que en garantía del propio imputado el juez puede pedir nuevas pruebas de oficio si considera que estas pruebas son necesarias, y ello con base en la idea de que el “sistema procesal alemán no se basa en el concepto de diferentes partes, es decir, aquí la acusación, ahí la defensa, sino en el concepto de que los intervinientes de oficio, es decir juzgado, fiscal e incluso, de haberlo, el abogado defensor, son todos órganos de la administración de justicia, de forma que la protección de los derechos de un acusado, que no quiere tomar abogado, estaría suficientemente garantizada”<sup>133</sup>. Es, a nuestro parecer, una idea ciertamente romántica: *todos forman parte de la Administración de justicia*, y si bien no negamos que ello sea así, lo cierto es que prima y debe primar en nuestro sistema en comparación con el alemán, el derecho de defensa, que sitúa al defensor

---

<sup>132</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado, Rev. del Ministerio Fiscal, nº 4, 1997, Ministerio de Justicia, pág. 89.

<sup>133</sup> RITTER, Andreas: *El Ministerio Fiscal Alemán: naturaleza, funciones y relaciones con los demás poderes del Estado*. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI-2001, “El Ministerio Fiscal en el Derecho comparado”. Madrid, 2001. Pág. 33.

frente al Fiscal y en no pocas ocasiones frente al propio juez, que por su estrecha relación con el Ministerio Fiscal acaba situándose más cerca de éste que verdaderamente *en medio de la sala*.

Desde un punto de vista procesal y de garantías para la defensa puede que el proceso penal alemán adolezca de defectos, al otorgar al Ministerio Fiscal unas posibilidades excesivamente amplias en lo que intervención en la instrucción se refiere, que hace perder la igualdad entre las partes, pero lo cierto es que es un sistema encuadrado dentro del verdadero sistema acusatorio, con las garantías que dicho sistema comporta para el acusado, siendo quizá la más destacable la obligación de que la prisión preventiva sea acordada por un juez ajeno a la instrucción, y por tanto verdaderamente imparcial.

Si analizamos la protección jurídica que otorga el proceso penal al imputado durante la instrucción veremos que ciertamente es un sistema garantista. Así, en el caso de la prisión preventiva<sup>134</sup>, que venimos

---

<sup>134</sup> El art. 104 de la Ley Fundamental de la República Alemana, establece que “(1) La libertad de la persona podrá ser limitada únicamente en virtud de una Ley formal y sólo respetando las formas prescritas en las mismas. Las personas detenidas no podrán ser maltratadas ni física, ni psicológicamente. (2) Corresponde sólo al juez decidir si una privación de libertad es admisible y debe continuar. En todo caso de privación de libertad no fundada en una orden judicial deberá procurarse sin demora alguna una orden judicial. Por su propia autoridad, la policía no podrá mantener a nadie bajo su custodia mas allá del fin del día posterior a la detención. La reglamentación se hará por Ley. (3) Toda persona detenida provisionalmente bajo la sospecha de un acto delictuoso ha de ser llevada ante el juez' a mas tardar el día posterior al de la detención, debiendo el juez comunicarle las causas de la detención interrogarla y darle oportunidad para formular objeciones: El juez deberá dictar sin demora alguna una orden escrita de prisión indicando las causas de la misma o bien decretar la libertad. (4) De toda decisión judicial que ordene o prolongue una privación de libertad ha de informarse sin demora alguna a un familiar del detenido o a una persona de su confianza”.

comentando, vemos que existe una reserva del juez como así apunta PÉREZ DE SCHAEFER<sup>135</sup> que implica la ineludible obligación de que el mantenimiento de la situación de prisión preventiva venga acordada por un Juez<sup>136</sup>.

Por otro lado y quizás uno de los puntos más polémicos en la doctrina alemana, es la relación de la policía con el Ministerio Fiscal, y ello principalmente por la escasez tradicional de medios personales y materiales con los que ha contado el Ministerio Fiscal, que ha llevado a que en la práctica y sobre todo en lo que respecta a la criminalidad de bagatela, sea, pese a que el director indiscutible de la instrucción sea el Fiscal, la policía la que lleve la investigación<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> PÉREZ DE SCHAEFER, Marianela: Panorama general sobre la protección jurídica que brinda el derecho procesal penal alemán en el procedimiento de averiguación, Capítulo criminológico, vol. 29, nº 3, Sep. 2001.

<sup>136</sup> En este sentido puede verse el art. 125 del Ordenamiento de Proceso Penal Alemán, que dice: “(1) Antes del ejercicio de la acción pública promulgará el Juez del Amtsgericht, en cuyo partido judicial estuviera fundado el fuero competente o en que residiera el inculpado, a instancia de la Fiscalía, o cuando no se pudiera recurrir a la Fiscalía y hubiera peligro en el retraso, de oficio, la orden de prisión.(2) Después del ejercicio de la acción pública promulgará la orden de prisión el Tribunal que se ocupe de la causa y cuando estuviera interpuesto el recurso de casación, el Tribunal cuya sentencia hubiera sido impugnada. En casos urgentes podrá promulgar la orden de prisión también el Presidente.

<sup>137</sup> Esto lleva a RITTER a afirmar que “el Ministerio Fiscal es una cabeza sin brazos. Aparte de que los organismos policiales no aprecian demasiado esta imagen y ocasionalmente tienden a considerarse cabeza y brazos, siendo el fiscal solamente la mano que formula la acusación, la realidad de las investigaciones no permite hoy día un procedimiento en el cual el fiscal dicte todas y cada una de las investigaciones a realizar, lo cual, en su momento, fue el concepto expresado en el Artículo 163 párrafo segundo StPO”. RITTER, Andreas: *El Ministerio Fiscal Alemán: naturaleza, funciones y relaciones con los demás poderes del Estado*. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI-2001, “El Ministerio Fiscal en el Derecho comparado”. Madrid, 2001. Pág. 50.

Es evidente que en nuestro país podría ocurrir algo similar, es decir, que si fuera el Ministerio Fiscal quien asumiera la instrucción, y dado que no cuenta con los medios necesarios, en la práctica sería la Policía la que asumiría la investigación de los delitos de escasa trascendencia, lo cual a nuestro modo de ver no debe extrañar, pues en la actualidad y a pesar de ser el juez el instructor, en la mayor parte de los delitos de bagatela la intervención en la investigación del Juez es mínima. Suele limitarse su intervención a la imposición de medidas restrictivas de derechos fundamentales, pero no a la investigación propiamente dicha. Tanto es así que incluso vemos con relativa frecuencia cómo las declaraciones de testigos e incluso imputados son prestadas ante el funcionario de turno y no ante el juez instructor que limita su intervención a la hora de prestar declaración cuando el sujeto llega detenido.

Por todo ello, no debería extrañarnos una vinculación mayor en la investigación criminal por parte de la policía, pero desde luego siempre con el control judicial correspondiente, que quizás debería incrementarse precisamente para evitar abusos policiales. Pero lo cierto es que instruir un proceso penal debe ser algo más que una toma de declaración al imputado, pues en tales casos la propia instrucción se hace innecesaria y se hace más lógico acudir sin más al juicio oral. De tal forma no sólo se descongestionan los juzgados de instrucción sino que además se deja abierta la posibilidad a que los procesos que realmente necesitan de la instrucción cuenten con medios humanos suficientes para su práctica, ya sea si pensamos en la instrucción por el Juez o por el Fiscal<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup> Como apunta certeramente AMBOS, en Alemania “el ministerio fiscal es únicamente el dueño y señor del proceso de instrucción, es decir, posee una facultad exclusiva de dirección material en los casos de la tradicional delincuencia grave, como delitos capitales y delincuencia económica. En

Estas mismas consideraciones podrían ser trasladables a nuestro país con una hipotética instrucción por el Fiscal, dado que los problemas carenciales son los mismos o quizá mayor que los comentados en Alemania. Por ello, no está de más prevenir con antelación este tipo de problemas antes de configurar posibles reformas.

Es también interesante la opinión de GÖSSEL, quien partiendo de que las autoridades policiales son en Alemania las que verdaderamente llevan la investigación criminal (excepto en casos de criminalidad grave o delincuencia económica) aboga por “asignar a la autoridad del Ministerio Público, que se distancia por igual de la averiguación policial y del enjuiciamiento jurisdiccional por su situación intermedia, el desempeño del control sobre la Policía y sobre el Tribunal, que respectivamente asumen las competencias de averiguación y enjuiciamiento del acto criminal”<sup>139</sup>. Pero desde luego, el citado autor insiste en la necesidad de ciertas reformas, en lo que se refiere a la organización paralela que debería configurarse entre la

---

todos los demás casos, es decir, en la criminalidad menor y media y especialmente en el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia para combatir la criminalidad organizada, el verdadero dueño y señor ha pasado a ser la policía. La facultad de dirección material de la fiscalía se limita al decreto u ordenación de determinadas medidas coercitivas o a la decisión acerca, del cierre de la instrucción. Mientras que esto resulta poco objetable o incluso necesario en la práctica cuando se trata de criminalidad inferior o media, en el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia prácticamente se desarrolla un aparato policial autónomo que lleva a cabo intervenciones o medidas independientes, las cuales potencialmente podrían afectar a cualquier ciudadano, de tal manera que es indispensable un control jurídico-estatal más eficiente. Un control de este tipo en un proceso acusatorio de instrucción al estilo alemán solamente puede ser ejercido a través del ministerio fiscal. Esto hace necesario su reforzamiento frente a la policía; un reforzamiento no sólo normativo, sino fundamentalmente fáctico”. AMBOS, Kai: Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción, Tribunales de Justicia, Marzo 2002, pág 23.

<sup>139</sup> GÖSSEL, Karl-Heinz: El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el proceso penal del Estado de Derecho, Revista del Ministerio Fiscal, n° 4, 1997, pág. 34.

Policía y el Ministerio Fiscal, pues “esta propuesta de nueva estructura organizativa debería asegurar que los Fiscales vigilen las investigaciones policiales, desde la primera actividad organizadora hasta el inicio del procedimiento judicial, dentro de la respectiva unidad de paralela organización”<sup>140</sup>.

## 2. El instructor en Italia

Desde un punto de vista de derecho comparado las características del sistema italiano lo hacen merecedor de estas líneas, y ello tanto por su innovación como por su influencia en otras reformas llevadas a cabo en este ámbito de la Justicia.

Como apunta CABRERA “el Pubblico Ministero es un magistrado perteneciente al orden judicial, colocado como tal en posición de independencia respecto a todo otro poder, que no hace valer intereses particulares sino que actúa exclusivamente para tutelar el interés general de la observancia de la ley. Los magistrados del Pubblico Ministero, como los jueces, son extraños al aparato del gobierno, siendo expresión de la entera colectividad organizada”<sup>141</sup>. Pues bien de la presente definición podemos extraer las notas características de la institución. Su calificación como magistrado integrado en el poder judicial le da un carácter de independencia que en pocos sistemas hemos visto, lo que les permite una actuación más coherente con sus fines de defensa del interés público, y más alejada de los vaivenes políticos.

---

<sup>140</sup> *Ibidem*, pág. 47.

<sup>141</sup> CABRERA MERCADO, Rafael: El pubblico ministero italiano: presente y futuro inmediato, Rev. Tribunales de Justicia, nº 11/1998, pág. 35.

Esta integración dentro del poder judicial está perfectamente asumida y no constituye una cuestión polémica ni social ni doctrinalmente, lo que supone una mayor estabilidad institucional al no cuestionarse el propio papel del Ministerio Fiscal. En este punto, nuestro país mantiene el frente permanentemente abierto sobre la ubicación institucional del Ministerio Fiscal, traduciéndose en ocasiones en cuestionamiento de su independencia, lo que claramente perjudica el prestigio de la propia institución.

La integración del Ministerio Público italiano dentro del poder judicial, si bien aleja a la institución de interferencias políticas, puede provocar un alejamiento de la actuación del Ministerio Público de las directrices de la política criminal que marque el Gobierno, aunque este reproche, a nuestro modo de ver, queda plenamente soslayado porque resulta de mucho mayor importancia la salvaguarda de la independencia que cualquier otra consideración, existiendo, en cualquier caso, otros cauces, como la política penitenciaria, a través de la cual el Gobierno puede ejercer las funciones de dirección política que le corresponde.

Esta independencia<sup>142</sup> es quizá la nota que más caracteriza al *Pubblico Ministero*, dado que la evolución en derecho comparado va por esos derroteros, pues se intenta que la independencia de esta institución se convierta en algo natural en una democracia<sup>143</sup>. Cualquier sistema en el que

---

<sup>142</sup> En este sentido se pronuncia CABRERA MERCADO en el artículo reseñado en la nota anterior, pág. 36, quien matiza que el sistema italiano se está convirtiendo en un referente para las democracias occidentales.

<sup>143</sup> Como afirma D'ALTERIO "la independencia del fiscal es el único instrumento que puede garantizar que la acción penal sea realmente obligatoria y así mismo garantizar que las leyes sean

se pretenda que el poder ejecutivo controle la actividad judicial desde la figura del Ministerio Público, no sólo distorsiona la Justicia, sino que crea una apariencia de connivencia entre ambos poderes (judicial y ejecutivo) extremadamente perjudicial para cualquier sistema democrático, de ahí precisamente la importancia que tiene la independencia de esta institución.

La configuración inicial del Ministerio Público italiano dista mucho de la actual, y así el art. 129 del Real Decreto de 6 de Diciembre de 1865, siguiendo las influencias del modelo napoleónico, manifestaba que “El Ministerio Público es el representante del Poder Ejecutivo ante la autoridad judicial y está colocado bajo la dirección del Ministro de Justicia”. Es evidente pues que ha existido una evolución que ha llevado a la institución a un polo opuesto en su posición frente al Ejecutivo, dado que su independencia se ha convertido hoy en su nota más característica<sup>144</sup>.

Por otro lado, señalaremos que el *Pubblico Ministero* es el director de la actividad de investigación delictiva y ostenta el monopolio de la acción penal, que tiene carácter obligatorio, lo que en palabras de D’ALTERIO “*conlleva al Pubblico Ministero a no poder rechazar el*

---

iguales para todos (art. 3 de la Constitución)”. D’ALTERIO, Armando: El Pubblico Ministero Italiano: configuración constitucional, organización, funciones. Especial referencia a la Dirección Nacional Antimafia. Perspectivas de reforma. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”, Madrid, 2001, pág. 13.

<sup>144</sup> Como afirma DÍEZ-PICAZO “éste es, pues, el modelo alternativo de Ministerio Público que parecen tener presentes cuantos, en muchos países de Europa, muestran su insatisfacción hacia el tradicional modelo napoleónico: un Ministerio Público desvinculado de los poderes políticos del Estado y, en particular, del Gobierno; un Ministerio Público al que se encomienda, no sólo la acusación en juicio, sino también la investigación de los delitos con la consiguiente supresión del instituto del Juez de Instrucción; un Ministerio Público, en fin, en el que prácticamente ha desaparecido la jerarquía interna, de manera que cada fiscal goza de un amplio margen de independencia”. DÍEZ-PICAZO, Luis María: *El poder de acusar*, Barcelona, 2000, pag. 133.



*ejercicio de la acción penal según evaluaciones de oportunidad de que no estén estrictamente atadas a la previsión sobre la fuerza demostrativa de las pruebas*”<sup>145</sup>. Así si el Ministerio Público considera que no debe ejercerse la acción penal deberá recabar el consentimiento del Juez, a quien debe comunicársele tal decisión de archivo. Si por el contrario se continúa la investigación es importe señalar que los actos de investigación no constituyen prueba, por ello frente a la retractación de un testigo o del propio acusado no puede invocarse como prueba la propia declaración prestada dentro de la investigación.

Si nos centramos en la instrucción (*indagini preliminari*)<sup>146</sup>, el protagonismo del Ministerio fiscal es evidente dado que puede dar instrucciones a la Policía Judicial, acordar diligencias o instar o pedir la convalidación judicial de medidas cautelares.

Así, la relación del Ministerio Fiscal está bien configurada con respecto a la Policía judicial, la cual aunque actúa de forma independiente y dirigiendo su propia investigación hasta que interviene el Fiscal, quedando condicionada a las directrices del Fiscal desde el momento en que este interviene, y teniendo siempre la obligación de poner los hechos en conocimiento del Fiscal. Esta dinámica permite no sólo una agilización de

---

<sup>145</sup> *Ibidem* nota 18, pág. 15.

<sup>146</sup> Como afirma RUBIO EIRE “el iter del procedimiento en primer grado sería el siguiente: Primeramente comenzaría la fase de las Diligencias de Investigación Preliminares en la cual se adquiere la notitia criminis, se asumen las fuentes de prueba y eventualmente se adoptan medidas cautelares; estas Diligencias de Investigación Preliminares pueden terminar con una decisión de la Fiscalía de archivo o de reenvío a juicio; si la Fiscalía promueve el reenvío a juicio se producirá una primera Audiencia Preliminar entre las partes, tras la cual se iniciará propiamente el proceso”. RUBIO EIRE, José Vicente: *El sistema procesal penal italiano*, elderecho.com, 29 de Octubre de 2014.

las investigaciones sino también un control directo por el órgano que va a ejercer la acusación, lo que permite que no se diluya la investigación en actuaciones innecesarias que no reporten nada al Fiscal de cara a mantener la acusación en juicio.

El Juez que interviene en la instrucción es el G.I.P. o Juez para las Investigaciones Preliminares (*Giudice per le indagini preliminari*) que ejerce un cometido de garantía de los derechos fundamentales básicamente ejerciendo sus funciones a petición de parte.

Como crítica este sistema podría plantearse el problema del ejercicio del derecho de defensa durante la instrucción. Su articulación resulta compleja y ha venido siendo matizada por distintas leyes que tratan de imponer la igualdad de armas<sup>147</sup>, al ser un principio constitucional (art. 111 Constitución italiana). La clara posición del Fiscal en el procedimiento como instructor y su cometido como director de la investigación hace que la defensa se pueda ver coartada durante esta fase procesal. No es difícil imaginar los problemas que surgirían en nuestro sistema ante una situación similar. Si el Fiscal es quien determina quién y qué se investiga, la posición de la defensa de cara a instar diligencias que le pueda interesar queda en desventaja, y la opción por la que opta el sistema italiano de permitir una paralela investigación privada<sup>148</sup> no contaría en nuestro país con mucho apoyo, primero porque haría recaer el coste económico de la misma en el imputado, con la merma de garantías que ello supone, y segundo porque las

---

<sup>147</sup> Entre otras la *Ley 7-12-2000, n. 397* que introdujo las Investigaciones Defensivas.

<sup>148</sup> Como afirma RUBIO EIRE “se le permite al abogado defensor, una vez que ha recibido por escrito el encargo de su cliente, realizar una investigación privada sobre los hechos por los que se acusa a su cliente o por los que puede ser investigado en el futuro, realizando así una investigación preventiva (art. 319 nonies Cpp)”. RUBIO EIRE, José Vicente: *El sistema procesal penal italiano*, elderecho.com, 29 de Octubre de 2014.

diligencias de investigación instadas por la defensa vía judicial siempre serían más eficaces y permitirían una mejor defensa de los intereses del imputado. La garantía del derecho defensa no tiene otra oportunidad que no sea el sometimiento a la imparcialidad y a la jurisdicción, y por tanto, sólo con la intervención del magistrado podría garantizarse dicho derecho durante la fase de instrucción, lo que implica la posibilidad de instar diligencias al Juez, aunque el Fiscal sea quien instruya.

### 3. El instructor en Portugal

Comenzaremos diciendo que igualmente el sistema Portugal ha pasado de una instrucción en manos de los jueces a la instrucción por el Ministerio Fiscal, y ello desde la entrada en vigor del Código de Proceso Penal de 1987. Parece evidenciarse esta tendencia que poco a poco se está generalizando en toda Europa, sin que por ello debamos extrapolar sin más las experiencias de derecho comparado a nuestro país, donde las peculiaridades procesales, sociales y jurídicas de nuestro sistema deben ser estudiadas con detenimiento antes de proponer cualquier tipo de cambio sustancial. Aunque lo cierto es que debemos reconocer que la aproximación de la legislaciones nacionales en materia penal conllevará en el punto que nos ocupa una ineludible *homologación de los sistemas*.

Como decimos la instrucción en el proceso penal portugués está atribuida al Ministerio Fiscal, pero tan sólo la fase llamada *inquérito*, que comprende lo que es la investigación propiamente dicha de la actividad delictiva, con la consabida búsqueda de pruebas tendente a formular la acusación. La otra fase de la instrucción la constituye la llamada propiamente *instrução*, que no está atribuida al Fiscal sino al Juez y que

tiende a la comprobación o control de la decisión del Fiscal de formular acusación o de archivar la causa. Esta es la fórmula que adoptó el legislador portugués ante lo categórico del art. 32.4 de la Constitución que expresamente decía que “*toda instrucción es competencia de un juez*”. El sistema adoptado ha permitido otorgar la investigación al Fiscal pero siempre con el sometimiento al control jurisdiccional.

Igual que ha ocurrido en el proceso penal alemán, la escasez de medios con los que cuenta la Fiscalía ha provocado en la práctica una fase de investigación prácticamente monopolizada por la policía criminal. Lo cual lleva a algún sector doctrinal a plantear la excesiva policialización de la instrucción “sobre todo si la labor de los delegados (se refiere a los policías que reciben la delegación del Fiscal) difícilmente puede ser objeto de control y fiscalización por la falta de medios aludida, y tampoco aparece claramente delimitado el régimen de dependencia funcional al que teóricamente responden las relaciones entre ambas instituciones”<sup>149</sup>. No obstante, parece lógico pensar que el problema se plantea no tanto por la intervención excesiva de la policía sino por la falta de medios de la Fiscalía. ¿qué hay de malo en una investigación policial si existe un control por el Ministerio Público? No debe olvidarse que la policía está formada por funcionarios y como tales su actuación debe estar sujeta al respeto absoluto de las normas del Estado de Derecho, por lo que en principio no puede objetarse su *dudosa conducta*, y ello porque se estaría poniendo en tela de juicio la propia integridad del sistema democrático. Con ello no pretendemos decir que no sea necesario el control, sino que muy al contrario, ese control debe ser exhaustivo, de forma que el Ministerio Fiscal supervise el verdadero cumplimiento del ordenamiento jurídico, entre otros

---

<sup>149</sup> GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo: *El Fiscal instructor: la experiencia portuguesa*, Poder Judicial n° 33, Marzo, 1994, pág. 81.

cosas por su sometimiento al principio de legalidad, pues entre otras cosas ¿de qué serviría una instrucción mal llevada y ausente de garantías si llegado el juicio es imposible condenar por vulneración de derechos? Es evidente que ese control por el Ministerio Fiscal es más una garantía del Estado de Derecho en aras a la consecución de la Justicia, que un recelo hacia la institución policial, que si está sometida al Estado de Derecho, en principio no debe dudarse de su profesionalidad y buen hacer.

Lo cierto es que la investigación policial se administrativiza, con la consiguiente merma de garantías que ello suele conllevar. Es más, dada la dependencia orgánica de la policía dentro del Ministerio correspondiente, se puede caer en el vicio de politizar investigaciones criminales con el riesgo que ello conlleva. El control del Ministerio Fiscal se hace pues necesario en aras a la salvaguardia del propio sistema de garantías<sup>150</sup>. Pero como apunta seguidamente el citado autor, se trata más de una simbiosis en la que la policía judicial aporta el conocimiento en las técnicas de investigación de los delitos y el Ministerio Público da cobertura para la persecución de los delitos investigados por la policía.

Quizá uno de los puntos más polémicos puede ser el momento en el que el imputado adquiere tal condición y por ende tiene conocimiento del

---

<sup>150</sup> De este modo apunta GOMES FERREIRA que “en cuanto a la articulación con los Órganos de la Policía Judicial no nos olvidemos que es competencia de del Ministerio Público coordinar la actividad de los mismo. Paralelamente el Código de Proceso Penal optó por establecer una dependencia funcional de los órganos de policía judicial en relación con los Magistrados del Ministerio Público. Y estatutariamente compete a los magistrados del Ministerio Publico fiscalizar la actividad procesal de los órganos de la policía judicial (ver art. 3º. N.º 1 párrafo . n) del Estatuto del Ministerio Público”. GOMES FERREIRA, Joana: *El Ministerio Público Portugués*. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”, Madrid, 2001, pág. 75.

procedimiento que se sigue contra él. No se olvide que la actividad policial de investigación es normalmente desconocida para el investigado. Así, “concluidas las diligencias de inquérito, el Fiscal emite la decisión final, notificándola al imputado y asistente<sup>151</sup>, pudiendo éstos solicitar la apertura de la fase de instrucción, a desarrollar ante el Juez, para cuestionar la acusación formulada y evitar llegar al juicio oral, en el caso del imputado, o el despacho de archivo, en el caso del asistente”<sup>152</sup>. Hubiera sido un sistema más garantista si se hubiera previsto la notificación de la existencia del *inquérito* desde el primer momento, y prever como algo excepcional y previa autorización judicial una investigación secreta. El conocimiento de que contra una persona se sigue una investigación criminal es un elemento sustancial del sistema acusatorio, que se aleja del inquisitorial sistema en el que incluso la detención se producía sin que el detenido supiera por qué. No obstante, no desconocemos que ciertamente en muchos casos se hace necesaria una investigación oculta al investigado, como única forma de obtener pruebas o indicios que permitan la imputación. Así la policía portuguesa ha venido insistiendo en que se permita una fase anterior al *inquérito*, esto es una fase preprocesal, en la que se pueda obtener pruebas que permitan decidir si efectivamente ha existido una *notitia criminis* que obligue el inicio del correspondiente *inquérito*. Pero claro, sustraer esa preinvestigación del control del Ministerio Público, no es sólo peligroso, sino que además ha sido objeto de críticas por la doctrina tal como expone GÓMEZ ESCOLAR<sup>153</sup>. En este sentido nos encontraríamos con una limitación del derecho defensa con poco encaje en nuestro sistema

---

<sup>151</sup> Figura parecida a la acusación particular, pero subordinada al Ministerio Fiscal.

<sup>152</sup> GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo: *El Fiscal instructor: la experiencia portuguesa*, Poder Judicial n° 33, Marzo, 1994, pág. 72.

<sup>153</sup> GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo: *El Fiscal instructor: la experiencia portuguesa*, Poder Judicial n° 33, Marzo, 1994, pág. 77.

constitucional, primero por el propio contenido del art. 25 CE, y segundo por el propio tenor del art. 118 LECRIM que afirma que “Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos...”<sup>154</sup>.

Por otro lado y dado que la fase de *instrução* es autónoma, de tal forma que el Juez no está vinculado a las diligencias que se le presenten sino que pueden realizar otras, lo cierto es que en la práctica portuguesa se produce una doble práctica de diligencias ante la autoridad judicial, seguramente por la legendaria desconfianza en la policía por parte de los jueces. Si realmente el Ministerio Fiscal hubiera controlado las diligencias que se presenten al Juez, desaparecería esa desconfianza dado que áquel supondría un filtro suficiente, evitándose así la reiteración innecesaria de diligencias.

Como puede observarse los problemas que surgen en la instrucción en Portugal son ciertamente similares a los que nos aquejan en nuestro país. Aquí la reiteración de diligencias es de sobra conocida, llegando incluso a verse expedientes de más de quinientos folios en los que lo sustancial bien podría quedar reducido a cincuenta. Decimos esto con la intención de poner de manifiesto que en realidad los sistemas que utilizan países de nuestro

---

<sup>154</sup> Como afirma BONILLA JIMÉNEZ “desde la perspectiva del artículo 24.2, el derecho a la asistencia letrada, no es sólo un requisito procesal, por cuyo cumplimiento ha de velar el propio Órgano Judicial y el Ministerio Fiscal, sino que es un derecho del imputado aún antes del procesamiento (preprocesal) como así lo reivindican los artículos 118 y 384 de la LECrim”. BONILLA JIMÉNEZ, Pedro Manuel: *Asistencia letrada al imputado policial por delito*, Noticias jurídicas, Octubre 2011.

entorno no son, ni mucho menos, perfectos, si bien de su estudio y comparación podemos extraer conclusiones valiosas que pueden servir de base para futuros cambios legislativos. No olvidemos que la experiencia ajena puede ser fuente de ideas aplicables al nuestro.

Así también es problemático desde un punto de vista doctrinal el nombramiento del Procurador General de la República, tal y como ocurre en España con el nombramiento del Fiscal General del Estado, tildado en muchas ocasiones como *Fiscal General del Gobierno*.

El legislador portugués ha previsto que el Procurador General de la República sea nombrado por el Presidente de la República a propuesta del Gobierno, siendo un sistema que ha venido otorgando bastante estabilidad a la institución, desvinculándola en la medida de lo posible de los avatares políticos<sup>155</sup>.

Ambas cuestiones fueron planteadas al Tribunal Constitucional, el cual en Sentencia de 2 de Julio de 1992, vino a establecer en resumidas cuentas dos premisas, primera que era constitucional que en el Consejo Superior del Ministerio Público existieran dos representantes del Gobierno

---

<sup>155</sup> Ciertamente esto precisamente ha sido un problema para el Ejecutivo, hasta el punto de que como afirma MARCHENA GÓMEZ “el valor asociable a la estabilidad institucional, de especial significación cuando se habla del órgano constitucional sobre el que pesan tan trascendentes cometidos, ha sido reputado un mal para el poder gubernativo, que ha intentado sin éxito la fijación de un plazo temporal que, al margen del concierto político, suponga el cese inmediato del Procurador General de la República. La tensión apreciable en las relaciones entre el Ministerio Público y el resto de los poderes del Estado ha tenido otra fuente añadida de resonancia en la configuración del Consejo Superior del Ministerio Público, a saber, el origen parlamentario o gubernativo de algunos de sus integrantes”. MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes*, Rev. Jurídica Española “La Ley”, tomo 6, 1996, 9201-11200, pág. D-331.



y segunda que no era constitucional fijar mediante ley un plazo de duración al cargo de Procurador General, precisamente por ser su nombramiento un acto político dimanante del propio texto constitucional.

De este modo, podemos comprobar cómo la influencia gubernamental o si se quiere política en el proceso está servida desde dos puntos de vista, primero desde la intervención el Consejo Superior del Ministerio Público y segundo desde la propia actuación de la policía judicial, que si bien depende del Ministerio Fiscal, su actuación no deja de ser autónoma precisamente por la escasez de medios de la Fiscalía para poder ejercer un control efectivo y real en todos y cada unos de las investigaciones de los procesos penales.

#### 4. El instructor en Francia

Como afirma LACOSTE en el sistema procesal penal francés, “*la instrucción tiene por objeto poner el asunto en estado de ser juzgado*”<sup>156</sup>, lo que prácticamente coincide con los postulados de nuestra doctrina jurídica, toda vez que la instrucción no se configura como un fin en sí mismo, sino como una fase para llegar a otra.

Se continúa manteniendo la figura del juez de instrucción que es quien la dirige, aunque comparte este ejercicio con el fiscal. Se trata de un sistema evolucionado que parte del modelo inquisitivo, aunque lógicamente

---

<sup>156</sup> LACOSTE, Gracieuse: *Sistema procesal francés*, Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial IV, 2002, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, pág. 177.

adaptado a los valores democráticos y tratados internacionales y acorde a la jurisprudencia de Estrasburgo.

Básicamente, aunque con algunas excepciones, el monopolio de la acción penal está en manos del Ministerio Fiscal aunque su intervención en la instrucción está condicionada a la actuación de quien dirige la misma, es decir del juez de instrucción. La característica principal del Ministerio Fiscal es el sometimiento al principio de subordinación jerárquico, siendo así que orgánicamente están incluidos en el Ministerio de Justicia, lo que conlleva de por sí un problema en lo que a su independencia se refiere. Si bien tienen libertad de palabra durante la vista oral, lo cierto es que están claramente condicionados desde un punto de vista político.

Por otro lado, la instrucción en Francia cuenta también con otra figura relevante en la instrucción, es el juez de las libertades y de la detención. Su función se circunscribe a las decisiones relativas a la situación personal de los imputados. Ciertamente supone una clara garantía de defensa el hecho de que el juez que instruya no sea el mismo que decida sobre la prisión o detención de una persona. Supone desde luego un paso más en la protección del derecho a un juez imparcial y al principio acusatorio. No parece razonable, y así lo ha entendido el legislador francés, que el mismo juez que instruya tenga en su mano acordar una restricción de derechos fundamentales tan grave como es la detención o la prisión preventiva. Si lo comparamos con nuestro sistema, esta distinción de figuras judiciales durante la instrucción es desde luego mucho más acorde con los postulados constitucionales, y sería *lege ferenda*, una solución a la clara falta de imparcialidad de la decisión sobre la situación personal que adolece el juez de instrucción en nuestro país, pues no tiene mucho sentido que el juez que instruye, cuando lo considere conveniente, convoque él

mismo una vista para dilucidar la situación personal, y aunque no pueda acordarla si el fiscal o la acusación no se la insta, lo que no es muy aséptico es que sí pueda convocarla *motu proprio*, pues indudablemente simplemente con ello quedo cuestionada su imparcialidad.

Como apuntábamos la principal polémica que suscita el Ministerio Fiscal en Francia hace referencia a su excesiva vinculación al Ministro de Justicia, motivo por el cual se haya seguido manteniendo la figura del juez de instrucción. La intromisión política en la vida judicial se hace así patente, y ha provocado críticas por la vulneración de la propia independencia de la Justicia<sup>157</sup>.

A nuestro modo de ver, acrecienta este problema precisamente ese monopolio de la acción penal, porque la posibilidad de la acción popular al menos permite que un tercero pueda sostener una acusación en contra del criterio político al que se vería obligado a acatar el Ministerio Público. El instituto de la acción popular de nuestro país se erige así en garante de la independencia de la propia Justicia, y ello pese a las cambiantes interpretaciones que el TS viene realizando en temas de gran calado.

En Francia cabe la posibilidad de la acusación particular, pero bastante condicionada, limitándose a ser una parte pasiva, de forma que su estatus es más de observador que de acusación<sup>158</sup>. Por ello, existe un

---

<sup>157</sup> Así como afirma NICOD “el Ministerio Público detenta el Monopolio de la acción pública; aprecia en oportunidad la necesidad de persecución penal. La fuente de su poder es la ley. ¡Y a pesar de ello, está sometido al poder jerárquico!”. NICOD, Jean-Claude: El Ministerio Público en Francia, Jueces para la democracia, 18, 1/1993, pág. 83.

<sup>158</sup> Como afirma CRENIER “ante el Juez instructor, la víctima se puede personar como acusador privado en cualquier momento de la instrucción sumaria. Pero el acusador privado sólo puede ejercer sus poderes mediante abogado y puede, de esta manera, consultar el expediente o solicitar

monopolio de la acción pública con una acumulación excesiva de poder en manos del Ministerio Fiscal, que si bien se presenta como garante de la Justicia, lo cierto es que la vinculación a la política del Ministerio Público hace pensar en que no existe control para el *garante*. No obstante, no debemos olvidar ese adagio tan usado por la doctrina francesa que hace referencia a la posibilidad del Fiscal de desvincularse de forma oral (en el Juicio oral se supone) de la posición oficial, es decir de las órdenes que reciba desde arriba: *la pluma es sierva, pero la palabra es libre*<sup>159</sup>. Es evidente que esto otorga cierta independencia a los miembros del Ministerio Fiscal, pero aprovechar tal aforismo desmedidamente puede suponer una clara desvinculación del superior jerárquico lo que conlleva inexorablemente un acicate en la carrera profesional del Fiscal<sup>160</sup>.

Así en Francia, el Ministerio Fiscal es parte del Poder Judicial<sup>161</sup>, pues se encuadra dentro de la magistratura con la posibilidad de cambios de una carrera profesional a otra<sup>162</sup>.

---

ciertas medidas de investigación. Su interrogatorio por el magistrado instructor tiene lugar en presencia de abogado. No puede apelar todos los autos del Juez de instrucción como es el caso de las decisiones referentes a la prisión provisional o al control judicial”. MACÍA GÓMEZ, Ramón y otros: *Sistemas de Proceso penal en Europa*, Barcelona, 1998. En concreto en lo referente al proceso penal francés la autora es ANNE CRENIER, pág. 158.

<sup>159</sup> La pluma est serve, mais la parole est libre.

<sup>160</sup> Como afirma BADIE “si las instrucciones escritas recibidas del Ministro o del Fiscal General tienen que ser debidamente respetadas y seguidas en los dictámenes escritos del fiscal, durante los juicios, el fiscal recupera su entera libertad de palabra para matizar o incluso en su caso modificar el contenido de su anterior escrito (art. 33 CPP). Esa libertad de palabra en juicio oral es la misma del fiscal (substitut) respecto de las órdenes de su fiscal-jefe (Procureur)”. BADIE, François: *El Ministerio Público Francés*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”, Madrid, 2001, pág. 88.

<sup>161</sup> En este sentido aclara PAUNER que “la magistratura francesa se define como un cuerpo judicial único. Esto significa que tras su formación en la Escuela Nacional de la Magistratura, los alumnos eligen su lugar dentro del orden judicial, sea como juez o como fiscal. Es decir, los

Pues bien, en Francia a pesar de que no cabe duda de la integración del Ministerio Público en el Poder judicial, y dado el control que ejerce el Gobierno a través del Ministerio de Justicia, podemos decir que existe una excesiva intromisión del Ejecutivo en el Poder Judicial, por ello, esta supeditación jerárquica al Ejecutivo desde el punto de vista de nuestro

---

fiscales son magistrados reclutados como el resto y pertenecientes a ese cuerpo único hasta el punto de que durante su carrera un magistrado afectado a la Fiscalía puede solicitar el ingreso en la judicatura o a la inversa”. PAUNER CHULVI, Cristina: El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia: el proyecto de reforma sobre dependencia jerárquica, *Rev. del Poder Judicial*, nº 55, 1999 (III).

<sup>162</sup> Por este camino parecen dirigirse las reformas que se van realizando en nuestro país en torno a este asunto, pero siempre con muchas cautelas, y sin decantarse claramente por la unificación de las Carreras Judicial y Fiscal, como así ocurre en Francia, según hemos visto. Así, la Ley Orgánica 9/2000 de 22 de diciembre, que aprobó medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia y modificó la LOPJ, mantenía en su Exposición de motivos que “la presente Ley Orgánica propicia, en primer lugar, la unificación del procedimiento selectivo, en fase de oposición, para el ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal, con pruebas y Tribunales únicos, de suerte que se evite la situación hasta ahora existente de que las mismas personas superen ambos procesos selectivos con la pérdida de efectivos que ello conlleva para una y otra Carrera. Tras la oposición, y dado que la unidad de esta fase del proceso de selección no afecta en modo alguno a la dualidad y separación de las Carreras Judicial y Fiscal, que se mantiene, los aprobados se incorporarán a la Escuela Judicial o al Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia mediante la opción voluntaria de cada aspirante en función de la puntuación obtenida y el número de plazas ofertadas”. Vemos pues, que se sigue manteniendo la separación de las Carreras aunque por motivos más prácticos que de otra índole se asegura un mismo examen de acceso para ambos cuerpos. Quizá, dada la ambigüedad de la postura del Ministerio Fiscal en España desde el punto de vista de su naturaleza jurídica hace dudar al legislador sobre un pronunciamiento demasiado a favor de su integración en el Poder Judicial, en parte por el histórico temor de los Ejecutivos de nuestro entorno cultural y jurídico, a perder ese control sobre el Ministerio Público que permite un control sobre la política criminal y sobre el ejercicio de la acción pública.

derecho procesal y constitucional sería de difícil si no imposible encaje por inconstitucional.

La posibilidad de dirigir la política criminal desde la figura del Ministerio Fiscal, puede tener ciertamente ventajas para los Gobiernos, pero es indudable que hace quebrar la independencia de la institución. Pensemos que la política criminal puede dirigirse de otras formas que no impliquen intromisión en el ejercicio de la acción penal (por ejemplo con medidas legislativas, con sistemas de prevención de delitos, con una buena política de reinserciones, etc.), lo que quizá se oculte en Francia y en los países de nuestro entorno, es ese miedo de los Ejecutivos a perder esa esfera de poder que implica el poder condicionar si se ejerce la acción penal o no contra determinada persona, máxime si se trata de políticos, o de asuntos de amplio calado en la opinión pública. Como certeramente apunta PAUNER *“si los gobernantes se han acomodado durante tanto tiempo a la ambigüedad del Ministerio Público, es porque el sistema les permite disfrutar de ciertas ventajas cuando el objetivo consiste en llevar a la práctica la política gubernamental, especialmente en materia penal, donde se trata, más discretamente, de influir en la dirección y orientación de ciertos procedimientos. En el fondo, resulta cómodo presentar a los fiscales como magistrados y utilizarlos a la sombra como funcionarios”*<sup>163</sup>.

Este problema es quizá el más acuciante en Francia en lo que respecta a la figura del Ministerio Público, precisamente porque las desviaciones que comentamos (injerencia del ejecutivo) se han producido haciendo tambalearse la independencia de la Justicia. *“Las reglas de*

---

<sup>163</sup> PAUNER CHULVI, Cristina: *El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia: el proyecto de reforma sobre dependencia jerárquica*, Rev. del Poder Judicial, nº 55, 1999 (III). Lo expresado en cursiva es una cita de otro autor, M. Jeol.

*funcionamiento del Ministerio público, si se quiere asegurar la independencia de la Justicia, deben sustraer al Ministerio Público de la estricta obediencia jerárquica del ministro que hace a este último el dueño de la acción penal en los asuntos de cierta importancia”*<sup>164</sup>, según apunta NICOD. Continúa el citado autor insistiendo en la necesidad de que las instrucciones de no perseguir penalmente deben estar explícitamente prohibidas, lo cual a nuestro modo de ver está plenamente justificado, precisamente porque no sería aplicación del principio de oportunidad, sino abuso de tal principio en aras de los difusos y polémicos intereses políticos.

Otra cuestión de sumo interés radica en la importancia que el principio de oportunidad tiene en la actuación del Ministerio Fiscal francés, lo cual difiere notablemente respecto al sistema que rige en nuestro país, donde la legalidad se convierte en batuta de actuación de la Institución. Así, afirma BADIE que dado que “el fiscal, al recibir una denuncia o un atestado policial, tiene el poder de decidir si es preciso incoar un procedimiento penal o no”, se hace necesario como continúa el citado autor, y “para que ese criterio no convierta el territorio francés en una caos jurídico, un país en el cual cada fiscalía tendría criterios distintos de acción pública, existen las instrucciones generales, por vía de circulares, del Ministro de Justicia, que puede sugerir a los fiscales actuar de manera particularmente activa para la represión de ciertos delitos (por ejemplo maltratos a mujer, o accidentes de tráfico cuando el autor del accidente está en estado de embriaguez)”<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> NICOD, Jean-Claude: *El Ministerio Público en Francia*, Jueces para la democracia, 18, 1/1993, pag. 85.

<sup>165</sup> BADIE, François: *El Ministerio Público Francés*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”, Madrid, 2001, pág. 91.

Pese a ello, no deja de ser peligroso ese ejercicio de la oportunidad en su máxima expresión, pues pese al dictado de criterios dimanante del superior jerárquico, siempre puede peligrar la seguridad jurídica, por cuanto pese a la tipificación penal de una determinada conducta, cabe la impunidad si así es decidido en un caso concreto, mediante el archivo por parte del Ministerio fiscal. Aunque debemos matizar que como dice BADIE “frente al archivo del fiscal por razón del criterio de oportunidad, la víctima, que tiene siempre noticia por parte del fiscal de que su caso ha sido archivado por el Ministerio Público, tiene la posibilidad de denunciar los hechos al Juez de instrucción en el marco de una acusación particular *plainte avec constitution de partie civile* que el juez tiene obligación de investigar (art. 85 CPP)”<sup>166</sup>.

## 5. El instructor en EE.UU.

Sin entrar en un profundo análisis de la instrucción en EE.UU. podemos distinguir inicialmente entre investigación (que corresponde a la policía) y acusación pública (que está en manos del Fiscal), aunque lo cierto es que tal distinción no es en modo alguno nítida. Ello se debe a la propia configuración política de la Federación, compuesta por una serie de Estados, debemos establecer primero unas premisas que nos permitan comprender las instituciones que participan en esta labor de investigación y acusación.

---

<sup>166</sup> BADIE, François: *El Ministerio Público Francés*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”, Madrid, 2001, pág. 94.



Así el *Attorney General* es el máximo exponente de la fiscalía en EE.UU., que es miembro del poder ejecutivo, siendo designado por el Presidente con el consentimiento y autorización del Senado, con funciones representativas y directivas de los distintos fiscales federales. Por otro lado, nos encontramos con los *U.S. Attorney*, los cuales en palabras de DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ “disfrutan de un amplio margen e autonomía operativa, de modo que pueden adecuar el ejercicio de la acción penal a las peculiaridades de su distrito y a las exigencias de la población del mismo”<sup>167</sup>. Así también, “al articularse los EE.UU. de Norteamérica como Estado federal, la administración central cohabitará con la correspondiente a cada uno de los Estados de la Unión, en cuyo marco también habrá lugar para la organización de una Ministerio Público, que guarda bastantes similitudes organizativas con el primero. En la línea de lo afirmado, se reproduce la misma estructura corporativa, con un Fiscal General y los Fiscales titulares de entidades administrativas menores, comúnmente el Condado y en menor medida el Distrito”<sup>168</sup>.

Quizás uno de los aspectos más polémicos y que en comparación con nuestro sistema resulta más llamativo es la desvinculación que suelen tener los fiscales de la idea principal de alcanzar como fin último la Justicia y verdad material en el proceso penal. Debido a que existe una clara interrelación entre abogados, fiscales, políticos y jueces, que entrecruzan sus posiciones profesionales a lo largo de su vida, se tiende por parte de los fiscales a tomar como objetivo el alcanzar condenas, sin pensar en la

---

<sup>167</sup> DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *La configuración jurídico-política de la acusación pública en EE.UU.*, Revista Tribunales de Justicia, nº 3, 1997, pág. 299.

<sup>168</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: *El Ministerio Público y la justicia negociada en los EE.UU. de Norteamérica*, Granada, 1996, pág. 181.

búsqueda de la verdad material que en suma debe presidir la actuación de la Fiscalía en un sistema democrático, y ello precisamente porque mejoran sus *estatus* y consideración en la sociedad que luego sirve como trampolín para mejorar profesional o políticamente.

En palabras de DÍEZ-PICAZO los fiscales “están inclinados a considerar que su misión no consiste tanto en ser servidores tendencialmente desapasionados de la justicia penal, como abogados de parte cuyo éxito estriba en obtener condenas”. Tal problema está quizá originado por el sistema de elección política de los miembros de la fiscalía, porque el éxito profesional de unos de sus miembros depende de los resultados que de cara a la sociedad pueda dar de su gestión como perseguidor de los delincuentes. Este sistema evidencia un problema de suma gravedad, y es precisamente la pérdida de objetividad e imparcialidad del Fiscal, desde luego incompatible con nuestro sistema constitucional. Los miembros del Ministerio Fiscal en nuestro país tienen más claro sus altos objetivos constitucionales, como defensores de la legalidad, y ello no sólo como acusadores, sino como servidores de la Justicia.

Pero quizás uno de los exponentes anecdóticos más llamativo de este sistema tan dispar al nuestro, podemos verlo en el desempeño a tiempo parcial del cargo de Fiscal “común en ciertas zonas rurales de escasa población y baja retribución de este funcionario público, al que se le permite completar sus ingresos mediante el ejercicio de la profesión de Abogado”<sup>169</sup>. Este curioso sistema nos muestra un sistema poco riguroso con la figura del Fiscal, convertido en mero acusador privado alejado de las

---

<sup>169</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: *El Ministerio Público en los EE.UU. de Norteamérica*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-1999, Ministerio de Justicia, pág. 185.

garantías que deben imperar en cualquier sistema democrático. Estas extrañas figuras son fruto de los condicionamientos históricos del país, y no por ello están exentas de críticas.

La configuración del sistema procesal penal norteamericano, ha venido siendo objeto de críticas no sólo por la permanencia de penas contrarias a los más elementales derechos humanos, como es la pena de muerte, sino por la falta de garantías procesales con la que muchas personas son condenadas, precisamente por la falta de una buena defensa, normalmente cara para la mayor parte de la población, y por la tendencia generalizada de la Fiscalía de no atender a la verdadera búsqueda de la Justicia, sino a conseguir lo que electoralmente da votos, la lucha implacable contra la delincuencia con rotundas condenas.

Nos toca ahora analizar los principios que rigen la actuación de los Fiscales en los EE.UU., pues desde luego son del todo opuestos a los que rigen en nuestro sistema. Los principios básicos son los de discrecionalidad y monopolio, los cuales “encuentran su fundamento constitucional último en el hecho de que la acción penal es concebida como un atributo propio de la función ejecutiva”<sup>170</sup>.

El monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal está lejos de toda duda en Norteamérica, donde sólo los Fiscales pueden ejercer dicha acción ante los tribunales, son los únicos legitimados para acusar. A nuestro modo de ver, este hecho unido al carácter eminentemente político de sus miembros, nos lleva a una excesiva arbitrariedad en el ejercicio de la acción penal que en modo alguno puede estar justificada. La inexistencia de

---

<sup>170</sup> DÍEZ-PICAZO. Op.cit.

la acción popular o institución análoga impide que la propia sociedad pueda reaccionar ante un exceso de arbitrariedad. Por ello precisamente entendemos que la acción popular en nuestro sistema, aun siendo una institución muy peculiar y con escaso calado en derecho comparado, no por ello debe ser vista de modo negativo, sino que muy al contrario, supone no sólo un amparo a la libertad de los ciudadanos, sino que conlleva un modo de control de la actividad de los Fiscales, que desde luego beneficia al propio sistema democrático.

Por otro lado, en EE.UU. la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, permite al Fiscal elegir qué asuntos son dignos de recibir el reproche penal, de forma que no sólo le permite despenalizar conductas de escasa entidad (criminalidad de bagatela), sino que puede permitir el tomar decisiones de índole político de cara al ejercicio de la acción penal. Evidentemente y bajo la óptica de nuestro sistema, esto es más que una ventaja, un claro reproche, pues este principio evidencia una clara discriminación para los que se ven envueltos en un proceso penal, que pueden tener la suerte de no ser acusados por una simple decisión de oportunidad política<sup>171</sup>. Lo que ocurre es que ese *interés de la comunidad* es realmente difuso, lo que indudablemente conlleva una carga de inseguridad jurídica difícilmente conciliable con las garantías que deben imperar en el

---

<sup>171</sup> Así, “al convencimiento del Fiscal acerca de la culpabilidad el sujeto pasivo y de las posibilidades de alcanzar su condena no le seguirá indefectiblemente el ejercicio de la acción penal, porque en este punto el Fiscal debe valorar si la acusación del sujeto pasivo reviste interés para la comunidad o si, por el contrario, sería más adecuado dejar en libertad al imputado (screening out) o someterle a un programa de tratamiento alternativo al procedimiento criminal (decisión to divert)”. CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: *El Ministerio Público en los EE.UU. de Norteamérica*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-1999, Ministerio de Justicia, pág 192.

sistema penal. Recordemos que términos de este tipo, como puede ser la tan contestada *alarma social* de nuestro sistema ha sido siempre objeto de profundas críticas doctrinales, precisamente por la dificultad de determinar con exactitud su verdadero alcance y contenido.

Constituye este instituto de la conformidad una posibilidad bastante acertada, desde un punto de vista de economía procesal, pero no exento de críticas desde otros puntos de vista<sup>172</sup>. Piénsese en que un elevado porcentaje de asuntos en nuestro país se solucionan con la conformidad del acusado, previa negociación con el Ministerio Público. Lo que ocurre y aquí está la diferencia es que en nuestro país tal negociación se produce cuando ya toda la maquinaria judicial ha tenido que ocuparse del asunto, esto es, cuando llega el momento del juicio oral, lo cual ocurre después de una reiteración de diligencias en el Juzgado de instrucción, declaraciones de testigos, periciales, etc. En fin, un largo quehacer que ocupa tiempo y dinero. Por ello, en nuestro sistema se está intentando posibilitar que la conformidad se produzca lo más cerca posible en el tiempo de la comisión del hecho delictivo<sup>173</sup>.

La conformidad no sólo tiene la virtud de reducir considerablemente el tiempo que media entre el hecho delictivo y la imposición de la pena, sino que además y desde el punto de vista de la investigación criminal

---

<sup>172</sup> Como apunta DÍEZ-PICAZO “no sólo el ejercicio de la acción penal es discrecional, sino que el imputado puede allanarse a la pretensión del acusador (guilty plea) e, incluso, negociar con él los cargos (plea bargaining)”. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *La configuración jurídico-política de la acusación pública en EE.UU.*, Revista Tribunales de Justicia, nº 3, 1997, pág. 302.

<sup>173</sup> Así, se ha articulado últimamente el Protocolo de Actuaciones para Juicios de Conformidad suscrito el 1 de Abril de 2009 entre el Consejo General de la Abogacía Española y la Fiscalía General del Estado, en igual sentido la Instrucción de la FGE de 2/2009 de 22 de Junio sobre aplicación del Protocolo de Conformidad.

podría permitir que no se empleen medios innecesarios en tramitar unas diligencias o sumario que finalmente no va servir de nada. Aunque no debemos olvidar que las diligencias verdaderamente importantes siempre deberán llevarse a cabo, no solo para confirmar una hipotética prueba de confesión sino porque además en la negociación que se mantenga con el Fiscal, y así ocurre en los EE.UU. “la evolución de la consistencia del material probatorio constituye un factor enormemente relevante: cuanto más débiles sean las pruebas mayores serán las concesiones que se le otorgue al acusado”<sup>174</sup>. No obstante, es de destacar que en los EE.UU. el momento en el que se inicia esta posibilidad de negociación (*plea bargaining*) es precisamente antes de la audiencia previa al juicio, lo cual tampoco conlleva la reducción del periodo de investigación. Desde otro punto de vista no podemos olvidar que en nuestro sistema no es suficiente la confesión como prueba para determinar una sentencia condenatoria<sup>175</sup>. Pero a pesar de ello es llamativo que el Juez de instrucción no esté dispensado de continuar la investigación en caso de confesión, y sin embargo llegado el momento del juicio oral, pueda el juez sentenciador valerse de la conformidad para condenar sin más. Lo cierto es que en el instituto de la conformidad en los EE.UU. la posición clave la tiene el Fiscal, con un papel preponderante en la calificación de los hechos y la imposición de la pena<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> BUTRÓN BALIÑA, Pedro M.: *El sistema de justicia penal negociada en los Estados Unidos*, Tribunales de Justicia, nº 3, Marzo 1998, pág 288.

<sup>175</sup> Art. 406 LECRIM: “La confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito”.

<sup>176</sup> “La función del Fiscal adquiere una especial relevancia por la variedad de aspectos que desarrolla. Aquí el principal agente sancionador – señala Feeley – no es el Juez, sino el Fiscal, quien ejercita no sólo su tradicional discrecionalidad para imputar cargos, sino que también, de hecho determina la culpabilidad y fija la pena”. DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo: *Justicia criminal*

Diremos también, siguiendo a DE DIEGO DÍEZ que la conformidad no debe ser considerada como un sistema *a priori* bueno o malo. Dependerá del uso o abuso que de la misma se realice para que podamos ver en ella un instituto adecuado y moderno en la administración de Justicia o simplemente un modo rápido y carente de garantías con el que se imponen penas sin tener que entrar en el debate de los hechos. Lo cierto es que la forma de evitar los perjuicios<sup>177</sup> que la conformidad pueda tener para el acusado se evitarían a nuestro modo de ver con una profunda agilización de la Justicia, si los juicios se celebran con la necesaria celeridad, sin periodos muertos de instrucción, no habría ese “interés” de ciertos jueces en que se llegue a un acuerdo entre las partes. Indudablemente también sería deseable que los fiscales no calificaran en sus escritos de calificación los hechos delictivos con penas muy por encima de las que en conciencia y legalmente se considere oportuna, única forma esta de tener margen para la negociación cuando llegue el momento del juicio.

Otro aspecto que también interesa por lo que respecta al sistema norteamericano es sin duda la relación del Fiscal con la policía y dado que como afirma DÍEZ-PICAZO “la actividad de investigación es compartida entre la policía y la acusación pública, tanto en la esfera estatal cuanto en la esfera federal”<sup>178</sup>. Pese a ello, y siguiendo al citado autor, es destacable cómo a nivel federal las relaciones suelen ser mejores que a nivel estatal,

---

consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal), Valencia 1999, pág. 74.

<sup>177</sup> En este sentido puede verse una completa relación de argumentos en contra de la *plea bargaining* en la obra de RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *La Justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Salamanca, 1997, pág 95 y ss.

<sup>178</sup> DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *La configuración jurídico-política de la acusación pública en EE.UU.*, Revista Tribunales de Justicia, nº 3, 1997, pág 300.

precisamente porque en aquel es el mismo Gobierno el que imparte órdenes y dirige a la acusación a través del *Attorney General* y a la policía federal. Pero a nivel estatal, dada la elección política de los fiscales y de los jefes policiales (de un modo u otro en caso todos los estados) ocurren con frecuencia ciertos enfrentamientos que ajenos a la actividad propia de ambas instituciones tienden más a tomar protagonismo político que a su verdadera función.

Es precisamente esta la crítica que a nuestro modo de ver apunta el sistema norteamericano, dado que la elección política de los miembros de la Fiscalía crea un ambiente partidista en el ejercicio de la acción penal que en nada beneficia a la acción de la Justicia.

## 6. El instructor en Gran Bretaña

Aunque no debemos olvidar que el derecho inglés es aplicado únicamente en Inglaterra y Gales<sup>179</sup>, no cabe dudas de que como paradigma de sistema procesal penal, es indudable la influencia que el sistema penal inglés ha tenido en el mundo, y ello por la *exportación* del mismo a todas

---

<sup>179</sup> El sistema procesal penal escocés tiene algunas diferencias con el inglés, aunque en el presente apartado nos centraremos en el estudio del sistema vigente en Inglaterra. No obstante, podemos decir que el sistema escocés fue pionero en Gran Brataña a la hora de incorporar una figura encargada de perseguir e investigar los delitos contra el Estado y contra los particulares, el *Lord Advocate*, el cual fue introducido en el sistema procesal penal escocés hacia la segunda mitad del siglo XVI. Debe tenerse en cuenta que en Inglaterra y Gales hasta 1879 no se creó un órgano, el *Director of Public Prosecutions*, que controlaba en cierto modo y daba uniformidad a las heterogéneas acusaciones que ante los distintos tribunales venía ejerciendo la Policía como sustituto de las acusaciones privadas, caídas en desuso a los largo del siglo XIX. Sobre dicha evolución histórica y sobre los matices entre ambos sistemas, puede verse un esquemático artículo de Antonio VERCHER NOGUERA, *¿Hacia un Ministerio Fiscal inglés?*, La Ley, nº 2, 1987.



sus colonias y al resto de países que de un modo u otro han asimilado o se han influenciado del sistema anglosajón. Y así la tradición histórica y el equilibrio político sostiene el constitucionalismo inglés, en el que la falta de codificación se ve subsanada por ese sentido tan inglés de respeto a las normas no escritas.

La principal característica del sistema inglés en relación con tema que nos ocupa radica en la aplicación del proceso acusatorio puro, fruto de una evolución histórica que no se vio influenciada por el *ius commune* (derecho romano y canónico<sup>180</sup>), que introdujo el sistema inquisitivo y del que con posterioridad surge la institución del Ministerio Fiscal. Por ello, es característica del sistema inglés la ausencia de Ministerio Público, al menos de la forma que conocemos en el resto de los países. Como consecuencias derivadas de la aplicación del principio acusatorio en el proceso inglés, DÍEZ-PICAZO, apunta las siguientes: “1) la investigación y esclarecimiento de los delitos no corresponde a la autoridad judicial, por lo que no existe una auténtica fase instructoria en el proceso penal; 2) la incoación del proceso penal exige que alguien ajeno al tribunal se constituya como actor y acuse, así como que el acusado se resista a la pretensión del actor; 3) el acusador tiene la carga de probar los hechos que imputa al acusado y la culpabilidad de éste, de donde se sigue el principio de la presunción de inocencia; 4) si bien se trata de un desarrollo más reciente, el acusado tiene el derecho de aportar sus propias pruebas de

---

<sup>180</sup> Como apunta MACERA, Bernard en su artículo *El particularismo del proceso penal en el derecho inglés* (Tapia, Nov. 1991): “El derecho romano no ha tenido la influencia que éste ha ejercitado en nuestros países latinos. Los tribunales británicos han aplicado un Derecho específico ligado íntimamente a la Jurisprudencia que es lo que llaman la *Common Law*”.

descargo y, sobre todo, de someter a examen crítico las pruebas de cargo aportadas por el actor”<sup>181</sup>.

Como decimos al no existir Ministerio Fiscal, la acción penal vino siendo ejercida originariamente por los particulares, las propias víctimas del delito eran los que ejercían la acusación en aras de obtener justicia y resarcimiento por el delito sufrido. Poco a poco esta intervención del particular fue sustituida por la actividad de la policía que se erigía como defensora de los intereses de la Corona, lo que en la práctica supone que no exista separación entre la investigación y la actividad de acusación, lo cual ha sido objeto de innumerables críticas por la doctrina inglesa<sup>182</sup>. Al parecer no era infrecuente que la policía sólo aportara las pruebas tendentes a obtener sentencias condenatorias, de forma que se apreciaba un total partidismo por la policía que en nada favorecía la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia.

Así parece clara la necesidad de que no sólo el órgano que investigue no sea el mismo que el que juzgue, sino que además exista una desvinculación entre la investigación y el órgano que formule la acusación. Pero tal concepción resulta lógica cuando no existe un órgano que *filtre* la

---

<sup>181</sup> DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *La acusación penal en Inglaterra*, Revista Tribunales de Justicia, nº 11, 1997, pag. 1098.

<sup>182</sup> Así apunta VERGUER GRAU que “dice muy poco a favor de la objetividad e imparcialidad que deben presidir las actividades de un órgano público el tener que decidir si ha de perseguirse a quien ya se ha identificado como autor de los hechos (aunque la identificación sea de difícil prueba) pues, naturalmente, la convicción -más que las pruebas- puede inducir a acusaciones y procesos penales que luego habrá que abandonar o en lo que recaerán absoluciones”. VERGER GRAU, Joan: *La acusación pública oficial en Inglaterra*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV, 1999, Ministerio de Justicia, pág. 151.

acusación, es decir, que impida el plantear una acusación sin base suficiente que la sustente. De ahí precisamente la importancia de mantener que la autoridad judicial (juez de instrucción en el caso español) decida si con base en la acusación formulada existen indicios suficientes para iniciar el correspondiente juicio. De esta forma aunque el investigador sea el mismo que luego formule la acusación, su actuación se ve controlada por un órgano imparcial que impide acusaciones sin fundamento.

Pero ¿qué órganos intervienen en esta fase del proceso penal inglés? En primer lugar, el *Attorney-General*, que es el principal asesor jurídico del Gobierno y primer abogado del a Corona y en segundo lugar el *Director of Public Prosecutions*, que tiene facultades para ejercer la acción penal y avocarse la facultad de acusar en todo proceso penal. Pese a existir una jerarquía entre ambas instituciones, el *Attorney-General* no ejerce un control exhaustivo de la actividad del *Director of Public Prosecutions*, puesto que su cometido está más dirigido al control político que a la supervisión de los casos concretos.

Así también, bajo la dirección del *Director of Public Prosecutions* se creó el *Crown Prosecution Service* que, formado por abogados con estatuto funcional, son quienes ejercen la acusación penal en juicio. La razón de ser de tal organismo, que carecía de arraigo histórico en el derecho inglés, hay que buscarla en el problema ya comentado de la excesiva vinculación entre el investigador y el acusador que hacía peligrar la imparcialidad de la acusación, que en suma debe tender a buscar la Justicia y no el triunfo particular en el caso concreto; y ello sin dejar de lado otra razón que justifica la propia figura, ya que permitía una homogeneización de criterios de cara al ejercicio de la acción penal, pues se daban casos de aplicaciones dispares de las normas con calificaciones de los delitos distintos en función

del condado en el que se hubieran cometido (lo que hacía que los índices de criminalidad variaran en función de lo permisivo o contundente que fuera el condado en la aplicación de la norma penal). Fue una adaptación particular del derecho inglés a la necesidad de acomodarse a la necesidad de que existiera un órgano encargado de la acusación y que fuera distinto de la policía, aunque lo cierto es que no estamos verdaderamente ante una figura que pueda calificarse de Fiscal como lo conocemos en otros países.

Un aspecto importante a tener en cuenta es precisamente la relación del Crown Prosecution Service con la policía pues “a ésta sigue correspondiendo la investigación de los delitos, y sobre todo, la decisión misma de ejercer la acción penal”<sup>183</sup>, aunque el Crown Prosecution Service puede desistirse una vez iniciado el proceso por la policía. Por ello principalmente, decimos que no estamos ante un Ministerio Fiscal propiamente dicho, dado que no puede iniciar de oficio el proceso penal. Aunque como apunta DÍEZ-PICAZO el Crown Prosecution Service “puede instar a la policía a adquirir más elementos de prueba; goza de autonomía en la dirección técnica de la acusación, de modo que no cabe afirmar que la policía sea su cliente; y sobre todo, puede desistir de la acción sin el consentimiento de la policía”<sup>184</sup>. Es algo así como el servicio funcional que continúa el trabajo empezado por la policía, y precisamente por ello, puede ocurrir y de hecho ocurre que existe cierta descoordinación entre investigación y acusación, lo cual genera verdaderos problemas, de ahí que como manifiesta BACARESE “la Royal Comisión on Criminal Justice reconoció que esto era un problema e indicó que sería apropiado que la policía consultara al Crown Prosecution Service en la fase más temprana de

---

<sup>183</sup> DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *La acusación penal en Inglaterra*, Revista Tribunales de Justicia, n° 11, 1997, pág. 1107.

<sup>184</sup> *Idem*.

casos graves y complejos en los que la cuestión de la evidencia pudiera ser una consideración”<sup>185</sup>.

No obstante, el decidir si se inicia o no el proceso penal sigue estando en manos de la policía (o de cualquier particular), que goza de una amplia discrecionalidad, aunque puede verse en ocasiones ante la contrariedad de instar el proceso penal y el *Crown Prosecution Service* decida el archivo, lo que puede dejar en tela de juicio a la propia policía. Para evitar esto hubiera tenido que configurarse un sistema en el que el *Crown Prosecution Service* estuviera permanentemente en la comisaría de policía, lo cual desde un punto de vista de medios personales y materiales resultaba inviable. Este mismo problema podría plantearse en nuestro país de cara a una instrucción en manos de los fiscales, dado que físicamente no estarían *junto* a la policía en todas las investigaciones y necesariamente tendrían que desautorizar denuncias tramitadas por la policía si no existieran pruebas suficientes para instar una condena.

Debe tenerse en cuenta además que en el derecho inglés la discrecionalidad de la policía tiene otra virtualidad pues puede “adoptar medidas alternativas que no representen necesariamente la judicialización del caso”<sup>186</sup>. Nos estamos refiriendo a la *caution*, práctica policial de índole no normativo que permite amonestar formalmente al sujeto infractor en delitos de escasa gravedad y que dan una solución a la criminalidad de

---

<sup>185</sup> Bacarese, Alan: *El papel del Crown Prosecution Service (Servicio de Enjuiciamiento de la Corona Británica) y su relación con la policía*. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI-2001, “El Ministerio Fiscal en el Derecho comparado”. Madrid, 2001. Pág. 61.

<sup>186</sup> VERGER GRAU, Joan: *La acusación pública oficial en Inglaterra*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV, 1999, Ministerio de Justicia, pág. 172.

bagatela. Es una aplicación del principio de oportunidad, que trata de disuadir al infractor de cometer futuros delitos.

Esta discrecionalidad, excesiva a nuestro modo de ver, permite a la policía ejercer un poder muy amplio en lo que a inicio del proceso se refiere. Sería absolutamente discutible plantear si quiera esta posibilidad en nuestro ordenamiento, en el que el principio de legalidad y de obligatoriedad de la acción penal, impediría este tipo de actuaciones por la policía. Distinto sería plantear tal posibilidad a instancia del Ministerio Fiscal, como ya se ha hecho en materia de responsabilidad penal de menores, pues la ventaja que ello traería a la jurisdicción de adultos sería cierta descongestión de los juzgados, pues en muchos casos en los que no existe antecedentes penales pese a la condena se suele conceder por los jueces la suspensión de la ejecución que a efectos prácticos tendría un efecto parecido a la *caution*.

Frente a esta posibilidad surge el problema del sometimiento al principio de legalidad al que viene obligado en nuestro país el Ministerio Fiscal, que le impide actuaciones discrecionales. No obstante, y como decimos la Ley de Responsabilidad penal de menores ya a determinado, bajo criterios de oportunidad reglada, esa posibilidad que si es admisible en menores también podría serlo en adultos.

Finalmente diremos en relación al sistema inglés que no es un sistema exento de críticas, como lo pone de manifiesto algún sector doctrinal que incluso viene pidiendo la instauración de un juez de

instrucción, precisamente por el exceso de poder de la policía y por la escasa capacidad del *Crown Prosecution Service*<sup>187</sup>.

## 7. El modelo de instrucción en el Tribunal Penal Internacional

Aunque no es propiamente derecho comparado, sí que debemos mencionar el modelo de instrucción configurado para el Tribunal Penal Internacional, por cuanto es indudable que ha supuesto un esfuerzo internacional por configurar un modelo basado en la experiencia compartida de distintos estados con modelos procesales diversos y cuyas connotaciones son dignas de ser tenidas en cuenta. Si analizamos el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>188</sup> vemos que se trata de una norma que marca una forma de entender la Justicia, partiendo de unas premisas ampliamente consolidadas en los países democráticos, y siguiendo el modelo anglosajón de Fiscal instructor<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> VERGER GRAU, Joan: *La acusación pública oficial en Inglaterra*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV, 1999, Ministerio de Justicia, pág. 177, citando a SPENCER J.R. *Le procès pénal en Angleterre*, en *Procès pénal et droits de l'homme*, coor. Por DELMAS-MARTY, M., París, 1992.

<sup>188</sup> El texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1o de julio de 2002.

<sup>189</sup> Como afirma FERNÁNDEZ APARICIO “Siguiendo el iter, el procedimiento se puede iniciar de oficio o como consecuencia de una denuncia proveniente de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad. Será el Fiscal el que determine la continuación del procedimiento correspondiendo a éste comprobar la veracidad de la denuncia formulada o del hecho que por cualquier medio ha tenido conocimiento”. FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: *La incidencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el Derecho Español*, Boletín nº 2015 <http://www.mjusticia.gob.es>

Pues bien, dos son las fases en las que se divide el periodo instructorio, por un lado tenemos la investigación y por otro lado la *prosecution* penal<sup>190</sup>, la primera de ellas encomendada directamente al Ministerio Fiscal, y la segunda a la Sala de Cuestiones Preliminares. El Ministerio Fiscal se constituye pues en la pieza clave del ejercicio del acción penal, siendo “quien investiga y ostenta el monopolio en el ejercicio de la acción penal, lo cual consagra la instauración de un principio acusatorio puro”<sup>191</sup>. A su vez la Sala de Cuestiones Preliminares es la que autoriza o deniega el inicio de las investigaciones, por lo que no tiene en sí misma una función garantista y de protección de los derechos fundamentales, aunque sí tiene competencias para decidir en caso de ser necesario adoptar medidas cautelares de tipo personal.

Afirma GÓMEZ COLOMER que “la función garantista, para sorpresa, y grande, se atribuye a los órganos judiciales de los Estados parte por la vía de la cooperación, y casi de forma tangencial, puesto que como otra forma de cooperación se regula en el art. 93.1 h) EstTPI la obligación del Estado parte de practicar allanamientos, o cualquier otro tipo de asistencia en los términos de la letra l) de ese mismo precepto y número”<sup>192</sup>. Sin embargo ostenta la Sala de Cuestiones Preliminares competencias claramente instructoras, tales como ordenar detenciones, dictar resoluciones necesarias para la investigación, realizar la prueba anticipada, y confirmar la acusación. Vemos pues una confusión de modelos que sólo se explica por

---

<sup>190</sup> TINOCO PASTRANA, Angel: *El modelo procesal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Revista de derecho Procesal, Justicia 2004, nº 1 y 2, pág. 276.

<sup>191</sup> *Ibidem*, pag. 278.

<sup>192</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: La investigación del crimen en el proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional, Revista La Ley, nº 12, Julio, 2.003, pág. 81.



la propia naturaleza del Tribunal Penal Internacional, institución que nace fruto del consenso de los Estados en los que operan distintos modelos de proceso penal, y que han tenido que amoldarse a un proceso consensuado que tuviera en cuenta las ventajas e inconvenientes de unos y otros.

Un aspecto destacable de este modelo de investigación radica en que el Ministerio Fiscal tiene la opción de, aun considerando que existe delito y que este sería perseguible, entienda que ello “*no redundaría en beneficio de la Justicia*”<sup>193</sup>. Lo criticable de esta fórmula empleada radica precisamente en la ambigüedad, pues podría tener su razón de ser como apunta FERNÁNDEZ APARICIO al decir que “Así el artículo 53 ECPI permite no iniciar una investigación a sabiendas que estamos ante un crimen si tal investigación no redundaría en interés de la justicia. Pero es más cabe que iniciada la investigación y concluida esta el Fiscal sopesando una serie de intereses (el de la víctima, edad o enfermedad del presunto agresor, su grado de participación, gravedad del crimen o simple interés de la justicia) pueda acordar que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento”<sup>194</sup>. Pero esa ambigüedad permite también ver una forma elegante de salir de algún atolladero de repercusión internacional, pues en los casos que se someten al TPI no podemos hablar de criminalidad de bagatela, y por tanto, se nos antoja complejo pensar en delitos, de genocidio por ejemplo, que su persecución no redunde en beneficio de la Justicia.

---

<sup>193</sup> Art. 53.1 c) Estatuto del Tribunal Penal Internacional.

<sup>194</sup> FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: *La incidencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el Derecho Español*, Boletín nº 2015 <http://www.mjusticia.gob.es>

No obstante, llama la atención que el art. 42.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional afirme que “La Fiscalía actuará en forma independiente como órgano separado de la Corte. Estará encargada de recibir remisiones e información corroborada sobre crímenes de la competencia de la Corte para examinarlas y realizar investigaciones o ejercitar la acción penal ante la Corte. Los miembros de la Fiscalía no solicitarán ni cumplirán instrucciones de fuentes ajenas a la Corte”. Si la Fiscalía es absolutamente independiente como parece desprender de tal precepto ¿por qué no tiene impuesta la obligación de investigar aquellos crímenes que son competencia de la Corte, sin más, es decir, que sin tener que entrar en ese beneficio de la Justicia?

El propio art. 54 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional nos define las funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones, diciendo que

*“1. El Fiscal:*

*a) A fin de establecer la veracidad de los hechos, ampliará la investigación a todos los hechos y las pruebas que sean pertinentes para determinar si hay responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto y, a esos efectos, investigará tanto las circunstancias incriminantes como las eximentes;*

*b) Adoptará medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte. A esos efectos, respetará los intereses y las circunstancias personales de víctimas y testigos, entre otros la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, y tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños; y*

*c) Respetará plenamente los derechos que confiere a las personas el presente Estatuto.*

*2. El Fiscal podrá realizar investigaciones en el territorio de un Estado:*

*a) De conformidad con las disposiciones de la Parte IX; o*

*b) Según lo autorice la Sala de Cuestiones Preliminares de conformidad con el párrafo 3 d) del artículo 57.*

*3. El Fiscal podrá:*

*a) Reunir y examinar pruebas;*

*b) Hacer comparecer e interrogar a las personas objeto de investigación, las víctimas y los testigos;*

*c) Solicitar la cooperación de un Estado u organización o acuerdo intergubernamental de conformidad con su respectiva competencia o mandato;*

*d) Concertar las disposiciones o los acuerdos compatibles con el presente Estatuto que sean necesarios para facilitar la cooperación de un Estado, una organización intergubernamental o una persona;*

*e) Convenir en que no divulgará en ninguna etapa del procedimiento los documentos o la información que obtenga a condición de preservar su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas, salvo con el acuerdo de quien haya facilitado la información; y*

f) *Adoptar o pedir que se adopten las medidas necesarias para asegurar el carácter confidencial de la información, la protección de una persona o la preservación de las pruebas*”.

Estamos por tanto ante un fiscal investigador que tiene a su cargo toda la labor de preparar el material probatorio necesario para mantener la acusación, es por tanto, un fiscal inspirado en el modelo anglosajón, pero con una aspiración de imparcialidad e independencia más intensa que en algunos otros modelos de instrucción penal.

En otro ámbito, es destacable la importancia del ejercicio del derecho de defensa durante la fase de instrucción, porque precisamente durante esta etapa se hace más necesario que las garantías del proceso se predique para el imputado para poder llegar así al juicio oral con plena igualdad de armas. Pues bien, en la instrucción ante el TPI podemos afirmar que se garantizan los derechos necesarios para un correcto funcionamiento del proceso, pero como afirma GÓMEZ CLOMER<sup>195</sup> es curioso que no se establezca la obligatoriedad de la defensa técnica, esto es, de que en todo caso se nombre abogado que asuma el ejercicio del derecho de defensa. Además apunta dicho autor lo extravagante, por no decir otra cosa, que resulta que sólo se designe abogado de oficio *“siempre que fuere necesario en interés de la Justicia”*<sup>196</sup>. Pues bien, resulta obvio que el ejercicio efectivo del derecho de defensa a través de la asistencia letrada es siempre necesario en interés de la Justicia, por lo que ciertamente no se comprende dicha limitación que lo único que puede hacer es perjudicar la posición del imputado de cara al juicio oral.

---

<sup>195</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: La investigación del crimen en el proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional, Revista La Ley, nº 12, Julio, 2.003, pág. 92.

<sup>196</sup> Art. 55.2 c) Estatuto del Tribunal Penal Internacional.



#### **IV. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA FIGURA DEL INSTRUCTOR PENAL**



El marco constitucional que contiene la base para el desarrollo de la instrucción penal y en concreto la figura del instructor debemos buscarlo tanto en el Título VI *Del Poder Judicial* (en concreto arts. 117, 124, 126, 127), como en el Título Primero, Capítulo II, Sección Primera, *De los derechos fundamentales y libertades públicas*, en concreto en el art. 24. Así, aunque sin que tales normas marquen un modelo claro imperativo, sí que marcan unas pautas ineludibles para el legislador. Pero además no podemos olvidar el *espíritu constitucional* que debe inspirar todo modelo de instrucción, partiendo siempre del reconocimiento del Estado social y democrático de derecho en el que los valores superiores son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, según proclama nuestra Norma Fundamental en su artículo primero.

### 1. La función de Jueces y Tribunales

Con gran acierto define el Diccionario de la Lengua Española la palabra *Juez* como la “persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar”<sup>197</sup>. Dicha definición de contenido ciertamente lacónico desde un punto de vista jurídico, es de gran acierto en su fondo, por cuanto hace hincapié en la actividad primordial del juez, esto es, juzgar y sentenciar. Si bien es cierto que otras actividades pueden serle encomendadas al juez, lo cierto es que no debemos dejar de lado ese contenido fundamental de la actividad judicial, que por otro lado constituye la base de toda su actuación.

Con independencia de que la definición transcrita sea ajena a una definición estrictamente jurídica, sí que nos acerca a la verdadera esencia de la actividad jurisdiccional y partiendo de tal base la analizaremos.

---

<sup>197</sup> Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésimo segunda edición, 2001.

1.1. El ejercicio de la actividad jurisdiccional: Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado: art. 117.3 CE

La potestad jurisdiccional es la facultad de los Juzgados y Tribunales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aplicando las normas del ordenamiento jurídico, es en suma una aptitud jurídica desarrollada por los órganos jurisdiccionales cuando se ejerce la jurisdicción. Esta función ocupa casi al completo la actividad de los órganos jurisdiccionales, aunque tienen también cabida otras funciones encomendadas legalmente, como aquellas funciones garantizadoras de derechos.

La potestad jurisdiccional supone el ejercicio de un poder del Estado, siendo así que quienes lo ejercen quedan revestidos de autoridad, y garantizado con la exclusividad: *Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* es una función que corresponde a los Juzgados y Tribunales de forma exclusiva (art. 117.3 CE). Este principio de exclusividad inspirado en la Constitución de 1.812<sup>198</sup>, se predica para todos los procesos, y comporta “en primer lugar que el ejercicio de la potestad jurisdiccional tan sólo compete a la Magistratura -lo que implica que la misma sólo pueda ser ejercida por ésta y que la determinación del titular en cada caso se hace según la regla de juez natural (véase art. 24 de la C.); en segundo lugar, que la determinación del juez natural se efectuará única y exclusivamente a través de las normas de competencia que establezcan las leyes y, en tercer lugar, que la potestad

---

<sup>198</sup> Constitución de 1.812, artículo 242: “La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales”. Artículo 243: “Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso funciones judiciales, conocer causas pendientes ni mandar abrir los juicios fenecidos”.



jurisdiccional se ejerce únicamente a través del procedimiento correspondiente establecido por la ley”<sup>199</sup>.

Por tanto, no quiere decir que los jueces no puedan tener encomendadas otras funciones, sino que juzgar y ejecutar lo juzgado solo pueden hacerlos los juzgados y tribunales<sup>200</sup>. Siguiendo a FAIREN la actividad de instrucción estaría englobada dentro de la propia actividad de juzgar, pero tal postulado implica una definición ciertamente amplia del término *juzgar*, partiendo de la base de que la instrucción forma parte del proceso penal y pensando que todo proceso está inmerso en la actividad jurisdiccional. No obstante, si el juez que instruye no puede juzgar, resulta algo forzado incluir en la actividad de juzgar la propia actividad de instrucción. Lo que sí es claro es que dentro de la actividad instructora sí que se precisa una actividad jurisdiccional y ello no sólo como garantía de los derechos de los imputados sino también como actividad procesal propia de la jurisdicción.

Por otro lado si como afirman MAPELLI y TERRADILLOS “*la restricción de bienes jurídicos en que la pena consiste, es acordada por los órganos jurisdiccionales competentes, y la jurisdicción es una faceta de la*

---

<sup>199</sup> RUIZ VADILLO, Enrique, Art. 117, Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, Tomo IX, pág. 346.

<sup>200</sup> En este sentido y como apunta FAIREN el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado “se individualiza dentro de la familia de los mismos por su calidad de potestad, de llevar ínsita una fuerza de mando –autoridad- basada en la superioridad de uno de sus elementos –el juez- sobre las partes por una autoridad que se manifiesta aun antes del juzgar definitivo –en la sentencia- en todo lo que supone el instruir, el preparar el juicio, lo cual supone labor juzgadora; y que se reafirma en la ejecución”. FAIREN GUILLÉN, Víctor: *La potestad jurisdiccional* pág. 81-84.

*soberanía exclusiva del Estado*”<sup>201</sup>, es claro que la jurisdicción se configura como una de las bases sobre la que se sostiene el Estado de derecho y el proceso como el modo de llevarlo a cabo con las debidas garantías<sup>202</sup>. Así Por ello en esa actividad jurisdiccional debemos incluir al menos aquellas decisiones que dentro de la instrucción penal suponen limitación de derechos, y no ya porque la ley se lo atribuya, sino por el propio concepto que en sí mismo tiene la actividad jurisdiccional que lo incluye de forma inequívoca<sup>203</sup>.

De igual forma el derecho al juez legal o natural está también consagrado de forma negativa en el art. 117.6 de la Constitución por cuanto quedan taxativamente prohibidos los “tribunales de excepción”, lo que indudablemente supone un reforzamiento a la idea que previamente consagra el art. 24.2 de la Constitución que proclama el “derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley”<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1.990, pág.20 y 21.

<sup>202</sup> Así, “que la pena sea impuesta por el Estado, con independencia de la caracterización teórica que de él se haga, implica un amplio catálogo de garantías formales, por cuanto su imposición se ve confiada a unos órganos jurisdiccionales, según las precisas reglas de un proceso orientado a ello”. MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1.990, pág.20 y 21.

<sup>203</sup> Siguiendo a ORTELLS RAMOS “la Jurisdicción no es sólo un conjunto de órganos específicos, sino también la actividad o, por mejor decir, una parte de la actividad, que sólo esos órganos pueden realizar. Efectivamente los órganos jurisdiccionales monopolizan, por disposición constitucional, una cierta actividad, por contraste con otras que pueden realizar si expresamente le son atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho (art. 117.4 CE)”. ORTELLS RAMOS, Manuel: *Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española*. Parte de la Memoria presentada por el autor para el Concurso oposición a la Cátedra de derecho procesal de la Universidad de Extremadura, Madrid, Febrero 1984.

<sup>204</sup> “El derecho al «juez legal» se encuentra expresa y acertadamente previsto, como señala con acierto la doctrina científica, en la CE, y tal es su importancia y trascendencia que para fortalecer

Este derecho al juez legal o natural, está definido certeramente por GIMENO SENDRA, al declarar que se configura como “*el derecho fundamental, que asiste a todos los sujetos del derecho, a ser juzgados por un órgano jurisdiccional, creado mediante Ley Orgánica y perteneciente a la jurisdicción penal ordinaria respetuoso con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la Ley y constituido con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas*”<sup>205</sup>. Se trata de una garantía que impida la arbitrariedad, y que garantice al sujeto enjuiciado que su causa será conocida por un juez imparcial<sup>206</sup>.

#### 1.2. Las funciones judiciales en garantía de cualquier derecho

El art. 117.4 CE incluye como otras funciones jurisdiccionales aquellas que las leyes les atribuyan de forma expresa en *garantía de cualquier derecho*. Podríamos pensar que la atribución actual de la instrucción a los jueces queda enmarcada en este apartado, no obstante, desde el momento en el que le reconocemos a la instrucción una naturaleza procesal en manos de los órganos jurisdiccionales, sería innecesario que la ley atribuyera a los jueces la garantía de los derechos durante la instrucción

---

su efectiva realización se proyecta en dos direcciones: una, de forma positiva, en el art. 24.2, que consagra el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, y otra, de manera negativa, en el art. 117, que prohíbe los denominados Tribunales de excepción”. (TC 1.ª S 193/1996 de 26 Nov.).

<sup>205</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal* Tomo II Proceso penal. Valencia, 1991.

<sup>206</sup> Quizá por ello afirma FERRAJOLI que “el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad por igualdad en droits: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen”. FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, 1999, pág. 27.

dado que su encuadre dentro del proceso penal, de por sí, ya le atribuye la protección jurisdiccional.

Desde luego, de un modo estricto, instruir no es ni juzgar ni ejecutar lo juzgado, pero sí que gran parte de la actividad instructora tiene carácter procesal y como tal queda incardinada dentro de la función juzgadora. No obstante, hay autores, como DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, que alegan que *“la función investigadora o instructora, tal como resulta definida por la LECRIM... nada tiene que ver con la función de juzgar ni de hacer ejecutar lo juzgado, lo que implica que se trata de una función que excede de las atribuciones constitucionales de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial y, por tanto, les está vedada por el art. 117.4 CE”*<sup>207</sup>. Un tanto extremo resulta tal postulado porque siguiendo tal planteamiento se privaría a los jueces y magistrados de cualquier actuación procesal que no fuera estrictamente juzgar. Pensemos por ejemplo en la admisión de pruebas que se produce con anterioridad al juicio ¿estaría vedado al juez?, entendemos que dichos, por ello, deben analizarse con cierta amplitud para no dejar fuera cierta actividad que los jueces y magistrados realizan dentro del proceso y que no es estrictamente juzgar.

Podemos plantear que instrucción es, desde un punto de vista penal<sup>208</sup>, investigar y *algo más*, y precisamente ese *algo más*, que abarca la toma de decisiones relativas a la afectación de derechos fundamentales le otorga ese carácter jurisdiccional. Por otro lado, incluso podríamos

---

<sup>207</sup> DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001, pag. 122 y 123.

<sup>208</sup> Art. 229 LECRIM: “Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”.

planteamos que la función instructora podría incluirse en el art. 117.4 CE, por cuanto supone *garantizar derechos*, porque precisamente la toma de decisiones que afecten a los derechos fundamentales de los imputados es algo latente en la instrucción. Como puede verse el art. 299 LECRIM dice que constituye el sumario las actividades encaminadas a preparar el juicio oral, averiguando los hechos y “asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”, de ahí que debemos entender que es parte del sumario esa actividad que incluye la toma de decisiones que afecten a los imputados o detenidos, y en ello parece acertado pensar que si estamos garantizando derechos, que por otra parte merecen ser protegidos por la independencia de un órgano jurisdiccional.

De ahí precisamente que podamos afirmar que la instrucción por un lado puede tener cabida como actividad englobada en la actividad juzgadora y por otro lado, que si excluyéramos la instrucción de los jueces, sí que podría al amparo del art. 117.4 CE enmarcar al juez en la instrucción como garantizador de los derechos del investigado. Así, dependerá si incluimos o no dentro de la instrucción, además de la investigación propiamente dicha, las actuaciones encaminadas al aseguramiento de personas y bienes, para que podamos entender viable desde un punto de vista constitucional la instrucción a cargo del Juez, dado que ese *aseguramiento* tendrá que venir siempre refrendado por un Juez, al tratarse de intervención en la esfera de los derechos de la persona<sup>209</sup>.

---

<sup>209</sup> Así, apunta RODRÍGUEZ RAMOS que “la Constitución de 1978 tácitamente declara inconstitucional o, en un planteamiento benigno de la cuestión, aconstitucional que un mismo órgano jurisdiccional instruya y decida en la fase preparatoria del procedimiento penal. En primer término, porque el artículo 117 no incluye en ninguno de sus apartados tal función entre las reservadas a la jurisdicción, al no consistir la investigación instructoria ni en Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” ni en garantizar derechos fundamentales o de otra índole de los ciudadanos imputados; y en segundo lugar, porque el artículo 24.2 incluye como derecho fundamental que los

En este sentido, entendemos que dado que la Constitución no establece un modelo único de instrucción, no podemos hablar de que la instrucción actual en manos de los jueces vulnere la propia Constitución, aunque tampoco es un modelo perfecto. Y ello, sin desconocer que efectivamente en ocasiones los jueces de instrucción se ven obligados a realizar desdoblamientos de personalidad, al tener que investigar un hecho delictivo, realizando una actividad *de parte* porque efectivamente busca pruebas inculpatorias, y a la vez deben, bajo criterios de imparcialidad, tomar decisiones cautelares que afectan gravemente imputado<sup>210</sup>.

Llegado a este punto plantea con razón DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA que la intervención judicial en garantía de cualquier derecho a

---

procesos tengan todas las garantías, entre las que se cuenta el derecho a un juez objetiva y subjetivamente imparcial”. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *¿El Juez Instructor es inconstitucional?*, Actualidad Aranzadi, 19 de Septiembre de 1996.

<sup>210</sup> Muy claramente matiza MARTÍNEZ ARRIETA el tema que nos ocupa, señalando que “el art. 117.3 y 4 de la Constitución previene que corresponde a los jueces <<juzgar y hacer ejecutar lo juzgado>>. Esto es, el contenido de la jurisdicción, añadiendo que también ejercerá aquellas funciones que <<expresamente le sean atribuidas por las leyes en garantía de cualquier derecho>>. En su virtud se ha atribuido a los jueces funciones de administración electoral. La investigación ha sido atribuida a los jueces en virtud de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ahora bien ¿La Investigación desarrollada por el juez garantiza algún derecho? Obviamente hay aspectos de la instrucción en los que la intervención judicial es necesaria, porque es jurisdiccional y porque garantiza los derechos de los ciudadanos. En ellos, necesariamente habría de intervenir un juez. La actividad entendida, a lo largo de esta intervención, administrativa no garantiza ningún derecho. El juez que dirige la investigación no actúa en garantía de los derechos individuales de los imputados que se ven objeto de una investigación por un juez ante cuya actuación no hay una posibilidad efectiva de control jurisdiccional y sus actos administrativos tiene una potencialidad probatoria que les produce indefensión”. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *La instrucción de la causas por delitos. Naturaleza. Organo que debe realizarla. Iniciación*, Cuadernos de derecho Judicial, “La instrucción del sumario y las diligencias previas”. Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 1998. pág. 163 y 164.

que se refiere el art. 117.4 CE se produce cuando ya existe un conflicto de intereses y el juez debe decidir sobre el mismo, no cuando el juez es quien decide limitar un derecho y debe a su vez tomar la decisión que corresponda, como ocurre en la instrucción con el sistema vigente<sup>211</sup>.

Este planteamiento excluye pues de la Constitución la figura del Juez instructor, si bien deja abierta la posibilidad a que una vez que la misma sea encargada a un órgano distinto (Ministerio Fiscal) en una futura reforma legislativa, sea el propio Juez quien *en garantía de derechos*, determine en qué casos está justificada la limitación de derechos, siendo en este caso clara la imparcialidad del órgano que acuerda la limitación, lo cual en el sistema actual puede quedar en entredicho si tenemos en cuenta la vinculación del propio Juez a su labor instructora<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> Afirma DE LLERA SUAREZ que “tiene lugar ya cuando el titular de un derecho lo ve amenazado o lesionado y pide al Juez la cesación de la lesión o amenaza o el restablecimiento del derecho (como sucede en el Procedimiento de Habeas Hábeas, por ejemplo) o ya cuando un tercero –sea un particular, la Administración o la Policía- pretende afectar o limitar el derecho de otro y pide al Juez, invocando una causa legítima, que autorice tal limitación (como en los supuestos previstos por el art. 91.2 LOPJ) con lo que dicho Juez en uno y otro caso resolverá un conflicto entre partes a fin de proteger los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, como expresamente dice el art. 7.3º LOPJ, pero en ningún caso la iniciativa para la limitación del derecho de que se trate corresponderá al mismo”. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001, pag. 126.

<sup>212</sup> Ahora bien, el significado del art. 117.4 CE no es tampoco unánime en la doctrina, y así apunta SERRANO ALBERCA que “puede decirse, no obstante, que esta referencia tiene varias interpretaciones: Puede aludir a la tutela de los derecho y libertades reconocida en el artículo 53.2, así como al procedimiento específico de Habeas corpus. Sin embargo, estos procedimientos son expresión la función de juzgar y han de considerarse comprendidos en el apartado 3 precepto. Puede referirse, también, a las funciones atribuidas al Juez para garantizar las limitaciones de derechos (intervención judicial en la libertad) o necesidad de resolución judicial en otro supuestos (inviolabilidad domicilio, de la correspondencia, secuestro de publicaciones, etc.). Podría comprender también aquellas funciones del Juez que, como las electorales, no estrictamente judiciales, e incluso podría referirse a los procedimientos la jurisdicción voluntaria”. SERRANO

De un modo u otro, lo cierto es que dentro de ese margen de *garantía de cualquier derecho* podría caber la protección que los jueces de instrucción deben dar a los ciudadanos que se ven envueltos en procesos penales, pues precisamente es aquí donde los derechos fundamentales más elementales se pueden ver coartados. El principal escollo que a nuestro modo de ver tiene este planteamiento es el de la posible *apariencia* de pérdida de imparcialidad del juez que investiga y a su vez decide sobre restricciones de derechos. No olvidemos que como insistentemente afirma el THDE el juez por naturaleza no debe ser sólo imparcial, sino que además debe aparentar que lo es, de forma que no quepa duda ante la sociedad de su absoluta imparcialidad. Pues bien, aunque los jueces efectivamente consigan ser imparciales durante la instrucción, lo cierto es que su apariencia de imparcialidad no está del todo claro, pues difícilmente puede cualquier persona abstraerse de su propia investigación, y de lo que sabe a raíz de la misma, y dictar una resolución genuinamente imparcial. Con ello, tampoco queremos decir que siempre exista pérdida de imparcialidad en el Juez instructor, sino que en ciertas ocasiones ello puede ocurrir, y en tal caso el daño al sistema es de gran calado, pues como afirma ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO “*el verdadero juzgador es el tercero imparcial instituido por el Estado... para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre partes*”.<sup>213</sup>

Ello es así porque en todo Estado de Derecho el juzgador debe proporcionar la tutela judicial efectiva que se configura como “*un concepto*

---

ALBERCA, José Manuel, Art. 117 *Comentarios a la Constitución*, dirigido por Fernando Garrido Falla, Madrid, 1980.

<sup>213</sup> ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, Niceto: *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, 1975, pág 93.



*constitucionalmente polivalente que cobija a todos los litigantes en la misma medida y por igual, siempre que no exista sombra de arbitrariedad, y se conecta desde su raíz a la función jurisdiccional, cuyo ejercicio encomienda la CE a los jueces y Tribunales con carácter exclusivo y excluyente, a quienes corresponde privativamente la potestad de juzgar (art. 117). Su contenido conlleva una serie de operaciones jurídicas, y no sólo comprende la premisa mayor del razonamiento jurídico, en una metáfora silogística ajena por lo demás a la esencia del razonamiento jurídico --selección de la norma incluso en la dimensión temporal y su interpretación--, sino la determinación del presupuesto de hecho --premisa menor-- cuya subsunción en la norma desencadenará el pronunciamiento final o conclusión”<sup>214</sup>.*

Finalmente diremos que es también destacada la opinión de quienes afirman y defienden la absoluta necesidad de que la instrucción permanezca en manos del Juez instructor, abogando por la defensa a ultranza de nuestro modelo procesal penal de investigación<sup>215</sup>. Así, DE LA OLIVA SANTOS

---

<sup>214</sup> Sentencia del TC Sala 2.<sup>a</sup>, número 54/1997, de 17 Marzo.

<sup>215</sup> En este sentido DE LA OLIVA SANTOS comenta que “la fase preparatoria del juicio oral, en los procesos penales, no es sólo investigación, sino también enjuiciamiento jurídico a partir de esa investigación e incluso, como ya dije, enjuiciamiento que es presupuesto necesario para adentrarse en nuevas pesquisas. Acto por acto, cabe diferenciar –aunque no sin dificultades, en muchos casos– los de investigación pura y simple y los que entrañan aplicaciones de normas jurídicas a concretas situaciones históricas. Pero, porque esa diferenciación es difícil y porque tienen infinitamente menos interés y relevancia que la íntima conexión entre la investigación y el enjuiciamiento con efectos sobre el procedimiento y sobre los más valiosos bienes de las personas, el conjunto de la actividad que prepara el juicio oral se encomienda a los jueces –independientes, inamovibles y sometidos al imperio de la ley– y se ha considerado y debe seguir considerándose globalmente como jurisdiccional... Siendo, pues jurisdiccional la fase preparatoria del juicio oral del proceso penal, sólo puede encomendarse a los “Jueces y Magistrados” y a los “Juzgados y Tribunales” a que se refiere, como titulares exclusivos de la potestad jurisdiccional, el art. 117.1 y 3 CE”. DE LA

parte de que instruir es actividad jurisdiccional incluida en la actividad de “juzgar y ejecutar lo juzgado” encomendada a jueces y magistrados. No necesita dicho autor para justificar su defensa de la instrucción judicial el encuadrar la actividad del Juez instructor en el art. 117.4 CE, pues directamente lo incluye, como decimos en el art. 117.3 CE. Tal planteamiento si bien sirve de justificación al mantenimiento de la figura del juez instructor, adolece, a nuestro modo de ver, de interpretar el art. 117.3 CE con demasiada amplitud. Si partimos de que juzgar es también instruir, por cuanto la instrucción forma parte de la actividad de enjuiciamiento, estamos dando al término juzgar una amplitud que no tiene ni semántica ni jurídicamente. Lo cierto es que dentro de la instrucción existe indudablemente actividad que debe quedar siempre en manos de los jueces, por ser quienes ostentan imparcialidad suficiente para tomar decisiones que afecten a derechos fundamentales, pero evidentemente todas las decisiones que se toman durante la instrucción no afectan a derechos fundamentales, y por tanto no se justifica el planteamiento que venimos comentando.

## 2. El Ministerio Fiscal en la Constitución: art. 124 CE

A diferencia de lo que ocurre con la figura del Juez de instrucción, que no es mencionado como tal en el Texto Constitucional, con la indefinición para la institución que ello conlleva como hemos estudiado, la Constitución dedica el art. 124<sup>216</sup> a definir a grandes rasgos la institución

---

OLIVA SANTOS, Andrés: Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal, Barcelona, 1988, pag. 85 y 86.

<sup>216</sup> Art. 124 CE: 1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los

del Ministerio Fiscal, dibujando sus competencias, organización y principios. Partiendo de tal premisa es fácil pensar que el constituyente ha venido a establecer un Ministerio Fiscal imprescindible, irrenunciable y cuyas competencias son fácilmente ampliables, ocurriendo precisamente lo contrario, como hemos visto, con el Juez instructor, cuyas competencias no vienen directamente derivadas de la Constitución, sino más de una interpretación extensa del art. 117.

## 2.1. El Ministerio Fiscal, su ubicación en el Título VI de la Constitución

El art. 124 CE nos marca el modelo que el constituyente diseñó para tan importante figura constitucional. Así, lo que en principio llama la atención es la ubicación del citado artículo dentro del Título VI *Del Poder Judicial*, lo que a simple vista puede parecer que la intención de nuestro legislador constitucional era la de que tan importante figura estuviera incardinada en dicho Poder.

Pues bien, no es ni mucho menos pacífica la doctrina en lo que se refiere a la inclusión del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial, existiendo opiniones en todos los sentidos. Así, CONDE PUMPIDO FERREIRO mantiene que el Ministerio Público sí que estaría incluido en el Poder

---

derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del ministerio Fiscal.

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.

Judicial, partiendo de la base de que su actuación está incardinada en el ámbito judicial y de que está regida por el principio de legalidad e imparcialidad igual que los otros miembros del poder Judicial<sup>217</sup>. Pero en este sentido, debemos disentir porque la imparcialidad que se predica para el Ministerio Fiscal no es, no puede ser, la misma que la se predica para los jueces y tribunales. Si, como afirma FLORES PRADA, “la imparcialidad constituye una garantía en la actuación de los poderes públicos en la medida en que proporciona una motivación a la decisión y la somete al control jurídico”<sup>218</sup>, resulta que lo que es primario en la imparcialidad es la capacidad de decidir y bajo esta premisa podemos decir que serían coincidentes las dos formas de imparcialidad (la del juez y la del fiscal) pero el matiz está en que en la imparcialidad del Ministerio Público se incardina en la toma de decisiones de cara a la defensa objetiva e imparcial de Ley, y en el caso de los órganos jurisdiccionales, la imparcialidad deriva de su posición *suprapartes* ajena a la discusión que se le plantea y le toca decidir.

---

<sup>217</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *El Ministerio Fiscal*, Pamplona, 1999, pág. 46. “sí está integrado en el ámbito de ese Poder en cuanto, de un lado, el «espacio» de actuación del Ministerio Fiscal es normal y mayoritariamente el de la justicia y los Tribunales que la imparten, en cuanto la Constitución le encomienda promover la acción de la primera para el ejercicio de la legalidad y la defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público y procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social; y, de otro, los criterios de la actuación del derecho que se le imponen constitucionalmente al Fiscal son los mismos que los señalados a los jueces: sujetarse al principio de legalidad (sumisión al imperio de la ley) y actuar con imparcialidad (imparcialidad que por cierto, el artículo 117 no predica expresamente de los Jueces y Magistrados, pero que va de suyo asociada como elemento necesario de tal condición y de la función de juzgar)”.

<sup>218</sup> FLORES PRADA, Ignacio: *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999, pág. 599.

Abogar abiertamente por un posicionamiento del Fiscal en el seno del Poder judicial, puede suponer también una merma de garantías procesales y de los derechos fundamentales de las personas que se ven inmersas en un proceso penal, pues esa cercana interrelación entre ambas instituciones (jueces y fiscales), puede de por sí ensombrear la necesaria imparcialidad judicial *suprapartes*. Es aquí donde vemos precisamente un grave inconveniente en que ambas instituciones compartan ese estatus único, porque la imparcialidad judicial debe estar fuera de toda duda, y como dijimos debe crearse además *apariencia* de imparcialidad, y para ello nada mejor que el distanciamiento institucional, y por qué no, profesional.

Por otro lado y contrariamente a la opinión de CONDE PUNPIDO, afirma MOSQUERA<sup>219</sup> en relación al art. 124.1 que el Ministerio Fiscal no

---

<sup>219</sup> MOSQUERA, Luis: La Constitución española de 1978. Estudios sistemáticos dirigidos por los Profesores Alberto Predieri y E. García de Enterría, Madrid, 1981, pag. 732. “la simple lectura de este precepto revela, a las claras, que no constituye Poder Judicial, ni debe constituirlo. El precepto -que no es, desde luego, de los más afortunados de la Constitución-, lo sitúa claramente fuera de aquél, pues fuera debe estar quien ha de «procurar», esto es, solicitar justicia ante los Tribunales, ante los Jueces y Magistrados, al igual que los abogados, incluidos los del Estado, por más que hayan de solicitarla «en defensa de la legalidad» y hayan de intentar, ante aquellos, la «satisfacción del interés social». El precepto que ahora comentamos deja al Ministerio Fiscal en la misma indefinición y ambigüedad de siempre, atribuyéndole una serie de funciones que implican un solapamiento con las de otras instituciones. Así, la defensa de los derechos de los ciudadanos se superpone a la función que el artículo 54 atribuye, a su vez, al Defensor del Pueblo, y que consiste, precisamente, en la defensa de los derechos comprendidos en su Título I, es decir, de los derechos y deberes fundamentales; y la «defensa del interés público tutelado por la ley» parece superponerse a la misión que tradicionalmente desempeña la Abogacía del Estado. No es el momento, ciertamente, para profundizar en el estudio de la naturaleza de esta institución, cuya ampliación de competencias ha dado pie, en los últimos tiempos, para que algunos sectores clamen por su independencia e incluso para sostener su nombramiento por el Parlamento, desvinculándolo así del Poder Ejecutivo. Pero esta tendencia a la que no son ajenos intereses y aspiraciones corporativas o de carrera, es difícilmente defendible y desemboca, prácticamente, en la configuración del Ministerio Fiscal como una especie de Defensor del Pueblo, como el que nuestra

forma parte del Poder judicial, y ello sobre la base de que no puede estar dentro de dicho poder quien debe instar y procurar de los Tribunales la Justicia. Esta opinión pretende situar en un plano de igualdad a las partes acusadora y defensa en el proceso penal, de forma tal que se garanticen de un modo más efectivo los derechos de los acusados, y ciertamente debe ser así, no obstante, es evidente que la posición del Fiscal no es solo de una mera parte pues su posición es evidentemente superior y justificada de cara al ejercicio del *ius puniendi*.

En similar sentido se manifiesta MORENO CATENA al apuntar que “el MF es un órgano público colaborador de la jurisdicción, que no forma parte del Poder Judicial –a pesar de que su Estatuto nos diga que está integrado en el mismo con autonomía funcional (art. 2.1)- por dos razones: porque queda fuera de la estricta garantía de la exclusividad que la CE otorga a los órganos jurisdiccionales, y porque de sus miembros no se predicen las notas de independencia e inamovilidad como se hace respecto de los jueces y magistrados”<sup>220</sup>. Parece pues una mera cuestión sistemática el hecho que la referencia al Ministerio Fiscal en la Constitución esté incluida en el Título VI, que se justifica simplemente por la cercanía del Ministerio Fiscal y la actividad jurisdiccional en el trabajo cotidiano.

No obstante, durante la tramitación de nuestro Texto Constitucional fueron variadas las interpretaciones que se dieron a la inclusión del Ministerio Fiscal en este Título VI incluso dentro del mismo partido, así

---

Constitución ha instaurado con inspiración en el modelo escandinavo del «Ombudsman», pero que concentraría también los poderes que hoy tiene atribuidos el Ministerio Fiscal, con el consiguiente peligro que una concentración de tal calibre representaría y cuya inmediata consecuencia sería la absoluta desconexión entre Poder Judicial y Ejecutivo, al carecer éste de canal para promover la actuación de los Tribunales”.

<sup>220</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pag. 243.

CISNEROS LABORDA, de Unión de Centro Democrático, decía que “la Fiscalía del Reino está inserta en el Poder Judicial, como se infiere con claridad de la inclusión sistemática de este precepto en el título que nos ocupa dentro de toda la tradición constitucional española y exterior. Pero no es menos clara su peculiar posición institucional, su autonomía respecto a los órganos decisorios de la jurisdicción. La diversificación entre magistratura decisoria y magistratura postulante se sigue con claridad del artículo 116, desde luego de este 116 que proponemos y por supuesto, de su consideración sistemática con los artículos 114 y 115”<sup>221</sup>. Por otro lado, VALVERDE MAZUELAS mantenía que “hemos constitucionalizado el poder judicial hace unos instantes como integrado por los jueces y magistrados. El ministerio Fiscal es algo aparte; el Ministerio Fiscal no forma parte del Poder Judicial, aunque, naturalmente, sea brazo importante de la Administración de Justicia”<sup>222</sup>.

La inclusión del Ministerio Público en el Título VI no convierte en jurisdiccional su actuación, sino que más bien viene a encuadrarlo junto a aquél Poder con el que más relación tiene, precisamente por ser el principal exponente en el ejercicio de la acción penal. En este sentido, ciertos autores mantienen la existencia dentro del Poder Judicial de dos magistraturas, una decisoria y otra postulante, precisamente como comentaba CISNEROS

---

<sup>221</sup> Debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, intervención del Sr. Cisneros Laborda, Sesión nº 17, celebrada el jueves, 8 de Junio de 1978. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados.

<sup>222</sup> Debate en el Pleno del Senado del Proyecto de Constitución, intervención del Sr. Valverde Mazuelas, Sesión Plenaria nº 36, celebrada el viernes, 29 de Septiembre de 1978. Diario de Sesiones del Senado.

LABORDA<sup>223</sup>. A nuestro modo de ver, resulta algo artificial y fuera de nuestra tradición histórica la presente categorización del Ministerio Fiscal como magistratura postulante, primero porque nada añade a la propia caracterización de la figura constitucional del Ministerio Fiscal, y segundo porque no resulta ni necesario ni conveniente que el Ministerio Fiscal sea parte del Poder Judicial como tal.

Así pues, incluso en la exégesis de nuestra Constitución no estaba claro si la inclusión de la figura del Ministerio Fiscal dentro del Título VI tenía un significado u otro, pero lo cierto es que al Constituyente le pareció el lugar más idóneo para ubicarlo con independencia de posiciones doctrinales en un sentido u otro, quizá más por sistemática que por otro motivo.

El planteamiento más razonable, y a su vez más alejado de estériles disquisiciones es aquella que considera al Ministerio Fiscal como “órgano del Estado”, por cuanto no puede en rigor incluirse en ninguno de los tres Poderes. Ciertamente no podemos decir que pertenezca sin más a uno de los tres Poderes, pero es que además, hoy día, el planteamiento tradicional de la división de Poderes parece estar superado por cuanto las interconexiones entre los tres (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) hacen matizable la antigua teoría que comentamos. Por ello, es quizá razonable no divagar en disquisiciones estériles y aceptar que la Institución Fiscal, constituye una

---

<sup>223</sup> Así lo apunta también JIMÉNEZ VILLAREJO al decir que “hay que hablar, en consecuencia, de la coexistencia dentro del Poder Judicial de dos Magistraturas igualmente insustituibles para la realización de la Justicia, orgánicamente autónomas y funcionalmente coordinadas. Una de ellas -la decisoria- tiene como principio definitorio el de independencia en tanto la otra -la postulante- viene informada por el principio de unidad y dependencia jerárquica, pero ambas profesan como común y más alto valor el de la legalidad”. JIMÉNEZ VILLAREJO, José, *El Ministerio Fiscal, dentro del Poder Judicial*, Poder Judicial, Junio 1982, nº 3, pág. 83.



institución del Estado, “que actúa mediante órganos propios, y legalmente, con independencia funcional respecto a cualquier otro órgano del Estado, sujeto exclusivamente al principio de legalidad, con la misión específica de promover la acción de la Justicia, con que como dice más ampliamente Escusol, procura la existencia de un equilibrio entre los tres Poderes”<sup>224</sup>.

Por ello, nos parece muy acertado el comentario que en relación al tema realizó GRANADOS PÉREZ, Ex Fiscal General del Estado que matizó<sup>225</sup>, alejándose de disquisiciones teóricas, que nos encontramos ante un órgano del Estado con autonomía funcional encuadrado en el Poder judicial. Dicha idea aporta pragmatismo a la cuestión y centra el tema en situar al Ministerio Fiscal en su verdadera dimensión de órgano del Estado.

## 2.2. Las funciones del Ministerio Fiscal según la Constitución

Desde otro punto de vista y continuando con el análisis del precepto constitucional que nos ocupa (art. 124) vemos como la misión constitucional del Ministerio Fiscal comprende:

---

<sup>224</sup> ALAMILLO COMILLAS, Fernando: El Ministerio Fiscal español (su organización y funcionamiento), pág. 20, Madrid, 1990.

<sup>225</sup> “El Ministerio Fiscal ni es Poder Judicial, ni es Poder Ejecutivo, ni, por supuesto, es Poder Legislativo. Y tampoco, obviamente, es un cuarto poder. Es un órgano estatal. Es un órgano constitucional. Es un órgano de justicia. Y es un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, aunque no sea Poder Judicial. Y no es necesario más. Hay que despojarse de la perturbadora obsesión por situar a la institución en uno de los tres Poderes del Estado, por ubicarlo en un artificioso y simplificador mapa teórico que, aun siendo útil, deforma la complejidad de la actual estructura del Estado moderno. Pretender residenciar, sin matices ni modulaciones, al Ministerio Fiscal en alguno de los tradicionales poderes del Estado sería simplificador y deformaría la compleja realidad del Fiscal”. GRANADOS PÉREZ, Carlos: *Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*, Revista del Ministerio Fiscal, nº 4, 1997, Ministerio de Justicia.

- a) La promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley
- b) Velar por la independencia de los Tribunales
- c) Procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés general.

La promoción de la acción de la justicia es, en palabras de GRANADOS, “defender la dignidad de la persona, los derechos de los inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Actuando así, el Ministerio Fiscal mantendrá su título de promotor de la justicia y la absoluta necesidad de su alta misión al servicio de una sociedad libre y plural como es la presente”<sup>226</sup>. De igual forma, y siguiendo al citado autor, no podemos olvidar que dentro de la promoción de la acción de la justicia debemos incluir también las actuaciones que el Ministerio Público lleve a cabo para conseguir la supresión de las dilaciones indebidas en los procesos judiciales, que incluso tiene reconocimiento constitucional en el art. 24.2 CE. Por ello, el Ministerio Fiscal debiera erigirse como garante de la exigencia de celeridad, instando cuantas medidas se consideren oportunas de cara a agilizar los procedimientos judiciales<sup>227</sup>.

Llama la atención de una primera lectura del art. 124.1 CE que no se haga referencia alguna de forma clara y directa al ejercicio de la acción

---

<sup>226</sup> GRANADOS CALERO, Francisco: *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Madrid, 1989, pag. 157.

<sup>227</sup> Afirma GRANADOS CALERO que “No puede aceptarse, por tanto, la pasividad generalizada del Ministerio Fiscal en su misión de promover el resultado de una justicia rápida y cumplida, escudándose de manera fatalista o resignada en carencias materiales que sin la menor duda han sido crónicas a lo largo de los tiempos, si bien su consideración motivó al legislador mantener viva la llamada de atención al Ministerio Fiscal”. *Ibidem*, pag. 159.

penal, y en su caso a la investigación criminal, pero no debemos olvidar que el ejercicio de la acción penal no es en nuestro ordenamiento jurídico monopolio del Ministerio Público. No obstante, tal referencia puede entenderse incluida en la promoción de la acción de la justicia y en la tutela de los derechos de los ciudadanos<sup>228</sup>.

De ahí precisamente que en nuestro ordenamiento impere la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, que rige en nuestro sistema procesal penal al amparo de lo establecido en el art. 105 LECRIM<sup>229</sup>. Así pues esta obligatoriedad en nuestro sistema no tiene carácter constitucional, pues nada dice al respecto el art. 124 CE, siendo así que, como afirma DÍEZ-PICAZO, *“la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal tiene un significado distinto según esté consagrada por una norma constitucional, como ocurre en Italia, o por una norma de rango legal, como sucede en España; y ello no sólo por razones de jerarquía y rigidez normativas, sino también porque los preceptos constitucionales gozan de*

---

<sup>228</sup> Como apunta GIMENO SENDRA “a diferencia del derecho de acción que asiste a los particulares, el Ministerio público pertenece a la categoría, acuñada por CARNELUTTI, de los <<derechos-deberes>>, pues, dada su especial misión de defender la legalidad (arts. 124.1 CE y 435 LOPJ), más que de un derecho se trata de una obligación que gravita sobre los miembros del Ministerio Fiscal de defender la sociedad, a la víctima y al principio de legalidad, solicitando al respecto del Juez de Instrucción la apertura del proceso penal cuando le conste la comisión de un delito público”. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 107.

<sup>229</sup> Art. 105 LECRIM: “Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada. También deberán ejercitarlas en las causas por lo delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad”.

*una innegable fuerza expansiva a la hora de interpretar las disposiciones dictadas por el legislador”<sup>230</sup>.*

Pues bien partiendo de que en nuestro país es una norma legal la que impone la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, cabrían otras opciones dentro del marco constitucional, si bien debemos tener en cuenta el condicionante del sometimiento de la actuación del Ministerio Fiscal a los principios de legalidad e imparcialidad. Es importante tener en cuenta que esa obligatoriedad queda siempre matizada por la discrecionalidad técnica del Ministerio Fiscal, entendida como aquella facultad del órgano que acusa de entender que no se dan las condiciones para que prospere una acusación formalmente planteada. No se trata de admitir una discrecionalidad política que es aquella que intenta evitar el citado art. 105 LECRIM, de forma que de lo que se trata es impedir que una decisión meramente política impida el ejercicio de la acción penal.

Así, el ejercicio de la acción penal constituye ciertamente un grado de poder elevado en la institución que la tiene encomendado, pero existe distintas posibilidades a la hora de configurar el sistema judicial de cara al ejercicio de esta acción. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal permite que la institución encargada de la persecución de los delitos decida cuándo ejerce la acción y cuando no, lo que permite que en manos de tal institución esté la llave de la política criminal, de forma que es ahí donde se decide qué delitos van a ser perseguidos y cuáles no. Tal sistema desde un punto de vista constitucional no es viable en nuestro país, pues el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, impone al Fiscal la obligatoriedad de tal ejercicio, como ya hemos expuesto.

---

<sup>230</sup> DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *El poder de acusar*, Barcelona, 2000, pag. 14.

Como hemos visto la Constitución ni tan si quiera menciona de forma específica la labor del Ministerio Fiscal en el proceso penal y es en el art. 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal donde se dice que entre sus funciones está la de “intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas”, como así expondremos en su momento.

En segundo lugar, corresponde al Ministerio Fiscal velar por la independencia de los Tribunales, de tal forma que su actuación debe ser no sólo imparcial, sino además y en cierto modo protectora del poder judicial, denunciando todo tipo de actuaciones, tanto particulares, como proveniente de los poderes públicos, que pudieran menoscabar la independencia de los tribunales. Como promotor de la acción de la justicia, tiene el deber de asegurarse de que los tribunales no se vean presionados, pues es el único modo de asegurar un funcionamiento equilibrado a la hora de impartir Justicia.

Finalmente es función del Ministerio Público ex art. 124 CE la de procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés general, evidenciándose con ello que no se trata de ninguna institución vinculada intereses políticos, sino que muy al contrario debe servir al bien común<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> Como afirma CONDE –PUMPIDO “El interés público que la doctrina hace sinónimo de bien común, se plasma esencialmente en los intereses de la comunidad organizada o Estado, especialmente en el interés de lograr la paz social por medio del castigo de los actos que perturben

Por tanto, podemos concluir diciendo que la función instructora del Ministerio Fiscal, si bien no tiene reconocimiento expreso constitucional, sí que podemos incluirla en la “*promoción de la acción de la justicia*” del que habla el art. 124 CE, por cuanto si en este punto traemos a colación el art. 126 del citado Texto Constitucional<sup>232</sup>, vemos cómo sí que se está otorgando facultades de averiguación del delito al Ministerio Fiscal, por cuanto establece una dependencia de la policía judicial respecto a dicha institución fiscal. Con ello se evidencia que es función de carácter básico del Ministerio Fiscal, y ello aunque dicha función actualmente se comparta con el Juez instructor, la averiguación del delito, esto es la investigación penal. Por ello, no podemos dejar de lado tal premisa, primero porque la Constitución así lo deja entrever, y segundo porque es claro que la promoción de la Justicia no puede articularse si no es desde el propio ejercicio de la acción penal, que necesariamente debe ser preparada durante la instrucción.

### 2.3. Poder ejecutivo y Ministerio Fiscal: dependencia o independencia

---

el orden jurídico y lesionen los bienes jurídicamente protegidos, de que son titulares los componentes del grupo social, tutela que se plasma muy específicamente a través del ejercicio del «ius puniendi». En cuanto a los intereses sociales han de entenderse como aquellos que en un momento histórico-político dado representan el bien y el progreso de la comunidad que es base del Estado, cuya promoción, como mecanismo de ese progreso, se adjudica al Fiscal”. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *El Ministerio Fiscal*, Pamplona, 1999, pag. 55.

<sup>232</sup> Artículo 126 CE: “La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca”.

El desarrollo del art. 124.4 CE<sup>233</sup> durante el periodo de elaboración de la Constitución fue ciertamente discutido, llegándose finalmente a la redacción que hoy conocemos, no sin antes pasar por un largo debate. Así el Anteproyecto de Constitución<sup>234</sup> en relación al tema que nos ocupa, y en su art. 114.4 decía: “El nombramiento del fiscal del Tribunal Supremo se hará en la forma establecida para el Presidente de dicho Tribunal”, lo cual según el propio texto indicado significaba que sería nombrado por el Rey a propuesta del CGPJ y en la forma que determine la ley (art. 113.2 del citado Anteproyecto). Ciertamente parece que el Anteproyecto tendía más a otorgar mayor independencia al Ministerio Público respecto al Ejecutivo, pero lo cierto es que tal propuesta no prosperó porque por acción u omisión fue aceptada la modificación que planteó el Grupo de UCD y que dio como resultado el texto definitivo que finalmente se aprobó.

No obstante, en este camino legislativo se plantearon varias opciones: desde la opción más progresista que vinculaba el nombramiento del Fiscal General del Estado al Congreso de los Diputados o al Consejo General del Poder Judicial, hasta la que finalmente se aprobó (nombramiento “a propuesta del Gobierno”).

La propuesta de que el FGE fuera nombrado por el Congreso de los Diputados contó con el apoyo de PECES-BARBA MARTÍNEZ quien manifestó que “la elección, o el nombramiento, del fiscal del Tribunal Supremo tenía su sitio en relación con el art. 115, a través de una elección por tres quintos del Congreso de los Diputados. Pero una vez que ese tema ha pasado y que no ha sido posible, entendemos nosotros que es mucho más

---

<sup>233</sup> Art. 124.4 CE: “*El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial*”.

<sup>234</sup> Anteproyecto de Constitución, Boletín Oficial de las Cortes nº 44 de 5 de Enero de 1978.

razonable que el nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo se haga en la misma forma que el Presidente del Tribunal: a través del Consejo General del Poder Judicial, a propuesta del mismo y con el nombramiento del Rey”<sup>235</sup>.

Fue también discutida la denominación de la cabeza de la institución Fiscal, barajándose varias posibilidades: Fiscal del Reino, Fiscal del Tribunal Supremo, y la que finalmente fue aceptada, Fiscal General del Estado. Como dejó claro VALVERDE MAZUELAS “nuestro deseo es permitir una fórmula que distinga, en la práctica, lo que puede ser el Fiscal General del Estado del Fiscal del Tribunal Supremo, ¿Por qué no va a haber un Fiscal General del Estado, que al ser del Estado monárquico será del Rey, y el estatuto orgánico determinará cómo tiene que funcionar? ¿Por qué no va a haber un Fiscal General del Tribunal Supremo, como hay un Fiscal Jefe en cualquiera de las Audiencias Territoriales que hoy están instaladas en España?”<sup>236</sup>. Como es bien sabido en la actualidad existe el cargo de Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, cargo distinto al de FGE, dado que aquél pertenece a la carrera fiscal, mientras el FGE es un nombramiento entre “juristas de reconocido prestigio”<sup>237</sup> y por tanto puede ser ajeno a la carrera fiscal, tanto es así que si fuera elegido un miembro de la carrera fiscal para ocupar el cargo de FGE, quedaría en situación de excedencia especial<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión nº 17, celebrada el jueves, 8 de Junio de 1978. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 84, año 1978.

<sup>236</sup> Sesión plenaria nº 37, celebrada el sábado, 30 de Septiembre de 1978. Diario de Sesiones del Senado, nº 63, año 1978.

<sup>237</sup> Ver art. 29 EOMF.

<sup>238</sup> Ver art. 31 EOMF.



Pues bien, finalmente fue aprobado el actual artículo 124.4 CE que marca la premisa básica de la cabeza de la institución fiscal en nuestro país: “El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial”. Es indudable que el nombramiento del FGE supone un acto político del Ejecutivo y ello conlleva irremediabilmente una vinculación del FGE respecto al Gobierno, pero debemos partir siempre de dos premisas: primero, que hablamos de un Gobierno democrático, y segundo, que el Ministerio Fiscal está sometido antes que a nada a los principios constitucionales que rigen su funcionamiento. A ello, debemos añadir que el hecho de *oír al CGPJ* en la elección del FGE supone una entrada de opiniones de carácter más plural, precisamente porque el nombramiento de ocho de los veinte miembros CGPJ proviene del Congreso y del Senado, instituciones democráticas por antonomasia. Quizá el déficit esté en que sólo sea oído el CGPJ, por cuanto un mayor peso del CGPJ en la elección del FGE podría aportar más pluralidad a un nombramiento, que en suma lo que debería valorar es la trayectoria jurídico-personal del candidato.

Pese a lo expuesto, no debemos olvidar que la excesiva vinculación del Ministerio Fiscal al Ejecutivo no deja de ser preocupante. Ciertamente lo arraigado que en nuestra cultura histórica está la figura del Ministerio Fiscal al Poder Ejecutivo ha venido traducéndose en una forma de control del Gobierno sobre el Poder Judicial. De hecho, este tema continúa siendo de máxima actualidad cuando se habla de otorgar la instrucción de los procedimientos penales al Ministerio Fiscal, pues para quienes se oponen, la falta de independencia respecto del ejecutivo constituye el principal escollo. De hecho las últimas reformas del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal han ido precisamente por ese camino, en un intento de garantizar la independencia como premisa a la asunción de la instrucción.

Curiosamente ya en la Constitución Española de 1.931 se incluyó en el propio texto una mención a la independencia del Ministerio Fiscal, anunciando que tendría la misma que la propia Administración de Justicia, por tanto, mayor que la que actualmente le reconoce nuestra Constitución actual<sup>239</sup>.

Apuntaba HERRERO TEJEDOR en referencia al Régimen franquista, como justificación a la vinculación entre Ejecutivo y Ministerio Fiscal la necesidad de que dentro del poder judicial existiera un órgano de comunicación entre los tribunales y el Gobierno<sup>240</sup>. Evidentemente se trataba de justificar el poder único que encabezada el Jefe del Estado, de forma que ejerciera un control efectivo sobre el Ministerio Fiscal, y de esa forma controlar al Poder Judicial. Si bien es cierto que tales posturas no tienen cabida en nuestra Constitución, lo cierto es que creó en la sociedad una conciencia de vinculación entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno que en nada benefició su independencia cuando así le fue reconocida por la Constitución.

---

<sup>239</sup> Art. 104 Constitución de 1.931: “*El Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo Cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia*”.

<sup>240</sup> Que “la función de «comunicar» al Gobierno y los tribunales se traduce en la exigencia, en nombre del principio de unidad de poder (art. 2.0 de la Ley Orgánica del Estado), de aquellas cuestiones que especialmente interesen al Estado, que es quien ejerce la soberanía (art. 1 de la Ley) «una e indivisible». Y estas cuestiones que especialmente le interesan son las que define en la propia Ley constitucional como propias del órgano a quien encarga esta misión de comunicación, el Ministerio Fiscal”. HERRERO TEJEDOR, Fernando, *Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español*, Rev. G. de Legislación y Jurisprudencia, Año CXVI, Marzo 1967, n.º 3, segunda época, Tomo LIV, pág 437.

Dicha independencia, aunque constitucionalmente reconocida, tiene su punto débil precisamente y como hemos mencionado en el nombramiento del Fiscal General del Estado, dado que al recaer sobre el Gobierno (aún con ciertos matices que poco restan a tal prerrogativa<sup>241</sup>) acaba creando una apariencia de dependencia que en nada beneficia a la institución.

Por otra parte, la necesidad de que el Gobierno ejerza un control efectivo sobre la política criminal, es el acicate para justificar la vinculación Ejecutivo-Ministerio Fiscal, de forma que el FGE sea precisamente el nexo de unión entre ambas instituciones, dado que el Gobierno puede “interesar” del Fiscal General del Estado que ejerza las acciones penales oportunas en un determinado tema. Ciertamente “interesar” no es ordenar, pero la duda surge por la vinculación que existe entre la Figura del Fiscal General del Estado y el Gobierno dado que su nombramiento se lo debe a éste. Esto puede en ocasiones (no muy frecuentes, afortunadamente) crear una apariencia de connivencia en el ejercicio de la acción penal siguiendo las premisas del Gobierno que en nada beneficia al Ministerio Fiscal. Por ello podemos decir que el sistema implantado por la Constitución parece más bien fruto del consenso de una época difícil, que un sistema verdaderamente coherente con los postulados democráticos. Así, cuando en su día se discutía en las Cortes el texto del art. 124.4 CE, se llegó a plantear que el nombramiento tuviera el mismo cauce que el seguido para el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo (art. 123.2 CE), es decir, nombramiento por el Consejo General del Poder Judicial. Tal postura aunque controvertida en su esencia, por cuanto deja en manos del Consejo el nombramiento de una figura que no es parte del Poder Judicial en si

---

<sup>241</sup> Así el art. 124 CE manifiesta que pese a que debe ser oído el CGPJ y el nombramiento le corresponde al Rey, lo cierto es que la propuesta está en el Gobierno.

misma, contiene una idea de fondo acertada, se trata de desvincular el nombramiento del Gobierno y acercarlo de algún modo al nombramiento por parte del Poder legislativo, por cuanto es este quien elige al propio CGPJ.

Así, los propios Fiscales pedían ya en 1999 un cambio en el sistema, de forma que “la Asociación de Fiscales no se resigna ante dicha pasividad e insiste en las conclusiones que en esta línea se han reiterado en anteriores Congresos, referidas tanto a la integración del Poder Judicial como a la desvinculación en el Poder Ejecutivo. En cuanto a las modificaciones del sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado:

Se considera positivo el establecimiento de un plazo de mandato.

Deberían de regularse las posibles causas de cese por el Gobierno, pero con necesidad de acuerdo previo con mayoría cualificada del Consejo Fiscal.

La atribución de nuevas funciones al Ministerio Fiscal ha de ajustarse a estos parámetros:

Establecimiento por Ley Estatal.

Vinculación efectiva con las posiciones constitucionales del Ministerio Fiscal.

Dotación de los medios personales y materiales imprescindibles para desarrollarlas con dignidad y eficacia”.<sup>242</sup>

El hecho de que el Ministerio Fiscal esté sometido al principio de dependencia jerárquica hace también que se cuestionen aún más su independencia, no ya porque se discuta la importancia de tal principio, necesario si queremos un Ministerio Fiscal coherente y con criterios homogéneos en todo el Estado, sino porque implica, en suma, estar a los

---

<sup>242</sup> Conclusiones del XII congreso de la Asociación de Fiscales. Santander, 17 de octubre de 1999.

postulados que marque el FGE y por ende a los de quien lo ha nombrado. Resultó significativo, cuando el caso Pinochet estaba en su máximo auge que gran parte de la opinión pública, y con independencia de otros fundamentos jurídicos referidos al principio de territorialidad del derecho penal, no comprendía la actitud de los Fiscales de la Audiencia Nacional que se oponían a su procesamiento en España. ¿Era ésta una postura *política* que convenía a la difícil postura del Gobierno, o verdaderamente tenía un fundamento jurídico serio bajo el prisma de las nuevas tendencias de defensa internacional de los derechos humanos? Lo cierto es que en el citado caso, quedo muy en entredicho la propia Institución Fiscal, por aparentar un comportamiento *político* que no le era apropiado.

Desde el punto de vista de la vinculación del Ministerio Fiscal al Ejecutivo existen opiniones de todos los gustos. Desde aquellos que entienden como lógico el hecho de que exista cierta vinculación, hasta aquellos que consideran una intromisión inadmisible por parte del Ejecutivo, que en modo alguno está amparada por la Constitución.

Así, GARCÍA GARCÍA, aceptando la existencia de esa vinculación que comentamos, matiza que en cierto modo es necesaria, dado que es el Gobierno quien debe dirigir la política interior, y dentro de ella, la política criminal<sup>243</sup>. Ante tal situación se hacía necesario dotar al Fiscal General de

---

<sup>243</sup> Pese a ello, reconocía la citada autora que “la temida instrumentalización del Ministerio Fiscal por el Gobierno no es tan fácil: la posibilidad de que el Fiscal General resuelva que lo interesado por el ejecutivo no es procedente y si por esta razón es cesado, su cese vaya acompañado de un informe desfavorable, no vinculante del Consejo del Poder Judicial, que el nuevo nombramiento no obtenga el beneplácito del mismo Organismo (art. 29 E.O.M.T.) que el Fiscal que recibiera una orden o instrucción que considerase contraria a las leyes haga uso de las facultades conferidas por los artículos 27 y 25 de su estatuto... etc., son resortes contra la arbitrariedad que deben colocar al

cierta independencia en el ejercicio de sus competencias de tal forma que se inspirase mayor confianza en los ciudadanos. Así, con la reforma operada por la Ley 24/2007, que modificó el Estatuto del Ministerio Fiscal se estableció ansiada por la mayoría de los fiscales: un plazo de duración del mandato del Fiscal General del Estado así como causas tasadas de cese. Pese a ello, con la polémica suscitada en torno a la dimisión por razones personales del Sr. Torres Dulces, anterior FGE, ha vuelto a surgir nuevamente el tema de la injerencia del Ejecutivo, por lo que sigue siendo acertado el comentario de GRANADOS PÉREZ al apuntar que “la experiencia ha servido para constatar que su nombramiento a propuesta del Gobierno coloca un lastre en la figura del Fiscal General del Estado, generando suspicacias y permanentes sospechas y recelos”<sup>244</sup>.

Desde luego este “miedo” a la mediatización política por parte del Ejecutivo del Ministerio Fiscal tiene sus raíces en nuestra cultura jurídica, desde el momento en el cual el Ministerio Público es configurado, como así ha sido en diversos momentos históricos, como órgano del Gobierno<sup>245</sup>. Su dependencia al Ministerio de Justicia estuvo muchos años vigente en nuestro país, y precisamente era en momentos históricos en los que el respeto a los derechos y libertades fundamentales de las personas brillaba

---

Gobierno en una citación difícil”. GARCÍA GARCÍA, María Angeles: *La dependencia del Ministerio Fiscal y la investigación oficial*, Jueces para la democracia, nº 8, Diciembre 1989.

<sup>244</sup> GRANADOS PÉREZ, Carlos: *Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*, Revista del Ministerio fiscal, nº 4, 1997, pág. 19, Ministerio de Justicia.

<sup>245</sup> Podemos ver como norma más cercana en el tiempo y expresiva de tal sometimiento del Ministerio Fiscal al Ejecutivo, el Reglamento del ministerio Fiscal de 1969, que en su artículo 86 dejaba clara la posibilidad que el Ministerio de Justicia de ordenar al Ministerio Fiscal, quedando éste obligado a cumplir lo ordenado. Vemos una clara dependencia que justificaría esa suspicacia que permanece en la sociedad, aun cuando tales formas de organización fueron ampliamente superadas por la Constitución de 1978.

por su ausencia. De ahí precisamente surge esa suspicacia generalizada en la doctrina española que no ve con buenos ojos esa vinculación del Fiscal al Ejecutivo.

No obstante, parece que si el Ministerio Fiscal viene configurado constitucionalmente como órgano encargado de la defensa de la legalidad, no es descabellado pensar que su vinculación al Poder Legislativo debiera ser mayor<sup>246</sup>. Es cierto que motivos no faltan a esa suspicacia de dependencia hacia el Ejecutivo, pero lo cierto es que la Constitución de 1978 hace superar esa tradicional vinculación, de forma que el art. 124 viene a configurar un modelo de Ministerio Fiscal más libre, más asequible, y merecedor de menos recelos, aunque no por ello, de sanas críticas tendentes a su mejora.

De hecho, como ya hemos mencionado la última reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal operado por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, vino precisamente a introducir reformas para favorecer la independencia y autonomía del Ministerio Fiscal<sup>247</sup>.

---

<sup>246</sup> Así, COBO DEL ROSAL, apunta que “el auténtico poder que da razón de ser al Ministerio Fiscal, es el Legislativo, pues, por razón de ser de su función, defensor de la ley, su configuración debe proceder del Poder que da origen al objeto de dicha función: la Ley. La lógica ofrece no pocos argumentos para esta solución ciertamente satisfactoria en cuanto a la naturaleza del Ministerio Público y viable en orden a articular mecanismos que posibiliten el nombramiento de la cúpula del mismo, por cauces lo más distante posible de los vaivenes políticos”. COBO DEL ROSAL, Manuel y otro, *Artículo 124: El Ministerio Fiscal*, Revista de Derecho Público, Comentarios a las Leyes Políticas, Dirigido por Oscar Alzaga Villamil, *Constitución Española de 1978*, Tomo IX, pág. 588.

<sup>247</sup> Como afirma la propia Exposición de Motivos de la citada Ley 24/2007, de 9 de octubre “uno de los objetivos que se pretende alcanzar con la presente reforma es dotar al Ministerio Fiscal de una mayor autonomía en el desempeño de sus funciones, que contribuya a reforzar de cara a la sociedad el principio de imparcialidad que preside su actuación de conformidad con lo previsto en

Afirma el art. 29.2 del EOMF en su nueva redacción que “recibido el informe del Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno comunicará su propuesta al Congreso de los Diputados, a fin de que pueda disponer la comparecencia de la persona elegida ante la Comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que prevea su reglamento a los efectos de que se puedan valorar los méritos e idoneidad del candidato propuesto”. Se pretende con ello vincular de alguna forma al Poder legislativo en el nombramiento del Fiscal General del Estado, y ello para que la institución que representa la soberanía nacional cuente de algún modo en el nombramiento de un cargo institucional de la máxima transcendencia. Pese a dicha reforma, no podemos olvidar que la propuesta de nombramiento continúa siendo del Gobierno aunque obviamente si en la comparecencia ante la Cámara y a la hora de valorar los méritos e idoneidad del candidato, se evidenciara un claro rechazo por parte de la misma, es indudable que el candidato quedaría francamente desacreditado y podría hacer replantearse al Gobierno su definitivo nombramiento.

---

el artículo 124.1 de la Constitución. Para ello, se modifica el régimen de nombramiento y cese del Fiscal General del Estado, estableciendo nuevas garantías adicionales en su regulación, y respetando en todo caso el sistema de designación que se regula en el artículo 124 de la Constitución. En este sentido, el candidato a Fiscal General propuesto por el Gobierno, tras la preceptiva audiencia del Consejo General del Poder Judicial, deberá someterse a una comparecencia ante una Comisión del Congreso de los Diputados antes de ser nombrado por el Rey. Al tiempo, la introducción de causas objetivas de cese constituye una garantía del margen de autonomía del Fiscal General al desaparecer la libre decisión de cese sin causa por parte del Ejecutivo. Para garantizar la mayor autonomía del ministerio público en el ejercicio de sus funciones, se introduce la necesaria intervención de la Junta de Fiscales de Sala, máximo órgano asesor del Fiscal General en materia jurídica, siempre que el Fiscal General vaya a impartir instrucciones a sus subordinados en cualquier asunto que afecte a miembros del Gobierno, cualquiera que sea la posición procesal de éstos”.



No obstante, pese a que dicha reforma data ya del año 2007, parece que el clamor político e institucional que reclama una mayor independencia y autonomía del Ministerio Fiscal continúa a día de hoy de plena actualidad. Incluso se plantea que es necesario dotar a la carrera fiscal de un nuevo Estatuto Orgánico que le confiera "independencia y autonomías necesarias en el ejercicio de sus funciones", pues se considera "imprescindible" que el informe del Consejo General del Poder Judicial y la comparecencia ante el Congreso de los Diputados por parte del fiscal general "no se conviertan en meras formalidades" y "se base en una presentación motivada de una terna de juristas de reconocido prestigio". Incluso se plantea la opción de suprimir la posibilidad de que el Gobierno llame al Fiscal General del Estado para que comparezca ante el Consejo de Ministros, en aras a "preservar" su independencia, y ello necesariamente potenciando el papel del Consejo Fiscal<sup>248</sup>.

Es por tanto de plena actualidad el debate sobre la independencia del Ministerio Fiscal pues se sigue hablando de despolitizar la Fiscalía General del Estado otorgando mayores facultades al Consejo Fiscal cuyos miembros son elegidos por elección interna dentro de la carrera fiscal. De hecho desde algún sector político se exige como premisa para una hipotética instrucción por el Ministerio Fiscal que se produzca esta "regeneración", pues, afirman que, si la situación de la Fiscalía en España "sigue siendo como es ahora y el Fiscal General del Estado tiene capacidades casi omnímodas", es

---

<sup>248</sup> Estas declaraciones tuvieron lugar en la clausura del XVIII Congreso de la Asociación de Fiscales, que se celebró en la ciudad de Málaga Durante los días 14 y 15 de octubre de 2011, con el objetivo de debatir y proponer reformas legales "necesarias" para reforzar la independencia y la autonomía del Ministerio Fiscal como institución.

"prácticamente imposible" que el fiscal pueda asumir la instrucción, como ocurre en la mayoría de países de nuestro entorno<sup>249</sup>.

#### 2.4. Principios que rigen la actuación del Ministerio Fiscal según la Constitución

Si nos centramos ahora en los principios que deben regir la actuación del Ministerio Fiscal, basta fijarse en el propio art. 124.2 CE que cita expresamente los siguientes principios:

- a) de unidad de actuación,
- b) de dependencia jerárquica,
- c) de legalidad y
- d) de imparcialidad.

Pues bien, tales principios que deben regir la actividad del Ministerio Fiscal deben ser interpretados conforme a los valores imperantes en la sociedad actual, pero siempre y desde luego con suma prudencia<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> Declaraciones de fecha 20 de Octubre de 2011 de D. Agustín Conde Bajén (exportavoz de Justicia del PP en el Senado y candidato al Congreso para las elecciones del 20 de Noviembre de 2011).

<sup>250</sup> Aquí debemos llamar la atención de que, como afirma AGUDELO RAMÍREZ, "los principios son pautas informadoras de las restantes normas jurídicas (reglas), siendo posible desatender la literalidad de la regla cuando se viola un principio con entronque constitucional. Sin embargo, los referentes para la aplicación de los principios son distintos a los de las reglas, en cuanto se requiere de la ponderación en atención a un caso determinado; labor que se conecta con la categoría aristotélica de la Phrónesis, en cuanto ha de buscarse soluciones por medio de una relación adecuada de medios y fines en atención a las circunstancias y valores vigentes en la sociedad. Recuérdese que para Aristóteles la virtud dianoética de la prudencia significa la capacidad de deliberar sobre lo que es bueno y conveniente para sí mismo, no en el sentido parcial sino para vivir bien en general". AGUDELO RAMÍREZ, Martín: *La función del Juez en el Estado constitucional. Juez, constitución y proceso*, Revista Internauta de Práctica Jurídica, núm. 9 (enero-junio, 2002). Universidad de Valencia.

El principio de unidad de actuación hace referencia a la consideración del Ministerio Fiscal como una institución de carácter único para todo el territorio del Estado, pero también implica a nivel funcional unidad de criterio “en orden a estudiar los asuntos de especial trascendencia o complejidad o fijar posiciones respecto a temas relativos a los cometidos del MF”<sup>251</sup>. Se pretende con ello establecer criterios generales de actuación que impidan situaciones desiguales antes hechos idénticos. Es, en cierto modo, una garantía de que la actuación del Ministerio Fiscal será la misma en todo el Estado sin que prevalezca discriminación de ningún tipo.

Afirma el Libro Blanco del Ministerio Fiscal<sup>252</sup> que “como consecuencia del unidad orgánica, los miembros del Ministerio Fiscal actúan de forma indivisible y fungible en el sentido de que todos pueden sustituirse entre sí para intervenir en un proceso y, dentro incluso del propio proceso, sin que quede afectada la representación institucional, es decir, no gozan de inamovilidad en el sentido judicial del término, lo que no obsta – como veremos- para rodear de toda clase de garantías la sustitución ordenada por los jefes a fin de garantizar una inamovilidad en la función, en el conocimiento de los asuntos y evitar sustituciones guiadas por criterios de oportunidad o conveniencia de la Jefatura, que no estuvieran suficientemente justificadas”. Tales previsiones son ciertamente convenientes cuando un fiscal discrepa en la aplicación de la ley o simplemente no considera adecuado el ejercicio de la acción penal, prevalece con rotundidad el criterio de la Institución como tal.

---

<sup>251</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María: Organización judicial española y principios rectores del proceso español, Madrid, 1993, pag. 488.

<sup>252</sup> Libro Blanco del Ministerio Fiscal. Ministerio de Justicia. 1996.

Sin embargo, afirma GRANADOS que el principio de unidad de actuación cumple dos funciones<sup>253</sup>, una la funcional, que implica el “*deber de consulta de los funcionarios de la Carrera a sus superiores inmediatos, aunque sin merma de la autonomía de los diferentes órganos*”, y otra la orgánica que “*sometería todas las decisiones al Fiscal General del Estado y éste al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, como responsable último de su nombramiento*”<sup>254</sup>.

En la práctica sin embargo, y pese a que en un momento dado veamos cómo el Ministerio Fiscal mantiene la acusación en un juicio oral sin variar sus conclusiones, pues en tal sentido ha recibido órdenes, lo cierto es que existen muchas formas de emitir el informe final, incluso apartándose del criterio recibido; cumpliendo con su deber de acusar, pero haciendo saber al juez de forma oral, que no existen pruebas suficientes y por tanto es conveniente absolver. De tal forma se puede cumplir con las órdenes recibidas pero a su vez se tiene libertad de acción a la hora de acusar<sup>255</sup>. Pero quizá no sea ese el mejor modo de hacer valer las opiniones

---

<sup>253</sup> GRANADOS CALERO, Francisco: *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Madrid, 1989, pag. 294.

<sup>254</sup> En similares términos MORENO CATENA aclara que “en virtud del principio de unidad en la organización del MF, éste es único para todo el Estado, ostentando el Fiscal General del Estado la jefatura superior del MF y su representación en todo el territorio español; de tal modo que al propio Fiscal General le corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes y la dirección e inspección del MF (art. 22.2 EOMF). Por este mismo principio, al Fiscal Jefe le corresponde la dirección y jefatura de la Fiscalía respectiva, sustituyéndole el Teniente Fiscal (art. 22.3 y 4 EOMF)”. MORENO CATENA, Víctor: *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1996, pág. 231.

<sup>255</sup> El art. 25 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone que “El Fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia”.

que un determinado individuo del Ministerio Fiscal frente a la opinión superior. Existen cauces para intentar hacer prevalecer la opinión dada pese a la oposición del fiscal inmediatamente superior, por ejemplo emitiendo informe motivado que deberá ser debatido en la Junta de Fiscales<sup>256</sup>.

A nuestro modo de ver, el principio de unidad de actuación es más una garantía de trato igualitario en todo el Estado en lo que a aplicación del derecho se refiere, que cualquier otra cosa, y precisamente por eso se justifica esa obligación de seguir criterios superiores y no actuar de modo aislado, pues de esa forma se evitan aplicaciones dispares de iguales normas. Tal es incluso una garantía derivada del propio art. 9.3 de la Constitución, por cuanto supone dar seguridad jurídica a la aplicación del ordenamiento jurídico penal. En este punto, pese a que la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal operada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, introdujo el sistema para mantener precisamente la unidad de criterios, marcando un sistema de celebración de Juntas de Fiscales mucho más elaborado que el preexistente, nuevamente con la Ley 24/2007, de 9 de Octubre por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de Septiembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se ha modificado dicha regulación, estableciendo una serie de competencias para las Juntas de fiscales de cara a otorgar más importancia a la opinión de la mayoría, de

---

<sup>256</sup> Dice ALAMILLO COMILLAS que esta libertad en el juicio oral “no quiere decir (contra lo que algunos creen) que en el informe oral pueda ese Fiscal sostener lo contrario de lo dicho por escrito, sino más sencillamente, que podrá utilizar los argumentos que estime más razonables y acertados en defensa de la tesis básica de lo que se le ordenó defender, pues resultaría absurdo que, no actuando a título personal, sino como representante de la Institución, pudiera sostener a la vez una tesis y su contraria”. ALAMILLO CANILLAS, Fernando: *El Ministerio Fiscal Español (su organización y funcionamiento)*, 1990, pag. 32.

tal forma que quede articulado un sistema que permita una mayor democratización interna de la propia institución fiscal<sup>257</sup>.

Lo que sí debemos matizar es que la unificación de criterios no es, ni debe ser, fruto de la dependencia jerárquica, sino que es la propia institución, desde las juntas de fiscales, desde dónde deben surgir los criterios unitarios de actuación que deben seguir el resto de los Fiscales. Y así, siguiendo a CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “el principio de unidad de actuación quiere decir que todos los órganos y todos los miembros del Ministerio Fiscal han de seguir en sus actuaciones un criterio unificado, dando a cada clase de cuestión jurídica una misma solución y rechazando la aplicación de soluciones dispares”<sup>258</sup>.

Por otra parte, y siguiendo al citado autor el principio de dependencia jerárquica “significa que el Ministerio Fiscal es un cuerpo jerárquico en que el Fiscal General del Estado ejerce la jefatura superior sobre todos los Fiscales del territorio español (art. 22.1) y donde cada jefe ejerce la autoridad sobre los que están subordinados, bajo la dependencia a su vez de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado (art. 22.3)”<sup>259</sup>. Este sistema jerárquico es, sin duda, nota esencial de la figura del

---

<sup>257</sup> El art. 24.1 del EOMF establece que “Para mantener la unidad de criterios, estudiar los asuntos de especial trascendencia o complejidad o fijar posiciones respecto a temas relativos a su función, cada Fiscalía celebrará periódicamente juntas de todos sus componentes. A las Juntas de las Fiscalías especiales podrán ser convocados sus Fiscales Delegados. Los acuerdos de la mayoría tendrán carácter de informe, prevaleciendo después del libre debate el criterio del Fiscal Jefe. Sin embargo, si esta opinión fuese contraria a la manifestada por la mayoría de los asistentes, deberá someter ambas a su superior jerárquico. Hasta que se produzca el acuerdo del superior jerárquico, de requerirlo el tema debatido, el criterio del Fiscal Jefe gozará de ejecutividad en los extremos estrictamente necesarios”.

<sup>258</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *El Ministerio Fiscal*, Pamplona, 1999, pag. 79.

<sup>259</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *El Ministerio Fiscal*, Pamplona, 1999, pag. 82.

Ministerio Fiscal, y desde luego, viene a condicionar toda la actividad de la institución, por cuanto el sometimiento a tal principio supone en última instancia el sometimiento al Fiscal General del Estado. Así, tal configuración jerárquica de la institución influye necesariamente en la labor investigadora que el Ministerio Fiscal realiza, pues tan sólo existe en estos momentos verdadera investigación por el Fiscal cuando así es acordado desde el órgano de gobierno de esta institución. Tanto es así, que normalmente son delitos contra el mercado, societarios, de corrupción, prevaricación, malversación de caudales públicos, tráfico de influencias, contra la ordenación del territorio y contra el medio ambiente, aquellos que son normalmente investigados por el Ministerio Público, precisamente por el amplio calado y trascendencia pública de los mismos, al ser más llamativos para la sociedad.

Pero lo cierto es que este principio de jerarquía acaba convirtiéndose en un modo eficaz de conseguir la unificación de criterios en orden a la aplicación del ordenamiento jurídico. Sabemos así, que lo mismo será investigado un delito societario en Madrid que en Barcelona, y ello es una garantía irrenunciable. Como afirma el Libro Blanco del Ministerio Fiscal. “el principio de dependencia jerárquica –que no sumisión- ha de jugar sólo y únicamente dentro de la Institución para garantizar la uniformidad y unidad del MF, con absoluto respeto a la legalidad e imparcialidad”<sup>260</sup>. Vemos que no es sumisión lo que vincula a los subordinados respecto a los superiores, precisamente porque aquellos tienen cauces para hacerse oír, e incluso hacer prevalecer su opinión sobre la de su superior. Basta mencionar que el art. 27 EOMF establece un cauce para cuando un fiscal reciba una orden que entienda contraria a la ley, de forma que cualquier

---

<sup>260</sup> Libro Blanco del Ministerio Fiscal. Ministerio de Justicia, 1996, pág. 33.

fiscal puede elevar a sus superiores sus dudas razonadas acerca de la ilegalidad de una medida.

Es llamativo que la última reforma del EOMF operada por la Ley 24/2007, de 9 de Octubre por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de Septiembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>261</sup>, potencie, en lo que a investigación se refiere, el poder del Fiscal General del Estado, y por tanto el propio principio de dependencia jerárquica, lo cual sin duda, plantea el problema de la excesiva vinculación del mismo al Ejecutivo, como ya hemos apuntado. Así, el nuevo art. 5EOMF dispone que “La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado. No obstante, las diligencias de investigación en relación con los delitos a que se hace referencia en el apartado Cuatro del artículo 19 del presente Estatuto, tendrán una duración máxima de doce meses salvo prórroga acordada mediante Decreto motivado del Fiscal General del Estado. Transcurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, el Fiscal procederá a su *judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querella, a menos que resultara procedente su archivo*”. Es, en suma, dejar que aquellos delitos que requieran, por su propia complejidad, investigaciones largas y complejas, recaigan en el FGE, que será quien determine si se continúa la investigación<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> BOE 243/2007, de 10 de Octubre.

<sup>262</sup> En este sentido apunta JIMÉNEZ VILLAREJO que “es un incremento desmesurado de sus facultades de control, con la correspondiente merma de autonomía de los Fiscales, que asuma en exclusiva, sin intervención alguna de sus órganos de asesoramiento, la prolongación o no de todas las Diligencias de Investigación. Una muestra más de la exasperación del principio de dependencia



Por otro lado, los principios de legalidad e imparcialidad son aquellos que rigen la actuación del Ministerio Fiscal, y como matiza el propio art. 124 de la Constitución son principios a los que “en todo caso” debe someterse el funcionamiento de la institución, priorizándose así éstos dos principios sobre los de unidad y dependencia jerárquica. Son quizá la garantía más importante respecto a los intentos de otros poderes del Estado de inmiscuirse en la labor del Ministerio Público, que en todo caso se debe a estos principios de carácter constitucional.

El principio de legalidad, de carácter constitucional y ampliamente arraigado en la institución del Ministerio Fiscal, viene a marcar su actuación acomodándola siempre al ordenamiento jurídico, y ello precisamente por ser un principio informador de su actuación. El propio art. 6 EOMF indica que “por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a las leyes y demás normas que integren el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan. Si el Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el art. 27 de este Estatuto”.

Como puede verse, nos encontramos ante un principio que como afirma la Constitución es prioritario respecto a los que hemos visto anteriormente, de ahí que se establezca el cauce para que un Fiscal tanga la

---

jerárquica”. JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos: *La neutralización del Ministerio Fiscal*. El País, sábado 26 de Abril de 2003.

posibilidad de actuar bajo este principio de legalidad antes que seguir una instrucción que considere no ajustada al mismo.

De gran importancia y derivado de tal principio es que “el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acusación por imperio de la Ley siempre que llegue a su conocimiento un hecho que revista legalmente los caracteres de delito, sin que pueda atender a criterios de oportunidad o de conveniencia”<sup>263</sup>. En el marco de la investigación está obligado a iniciar su actuación desde el momento en que tenga conocimiento del hecho delictivo.

Este sometimiento al principio de legalidad no implica por otra parte que no sea posible que la actuación del Ministerio Público esté guiada por el principio de oportunidad reglada. No se trata de una introducción de la arbitrariedad en su modo de actuar, lo cual está vedado por el principio de legalidad, sino de someterse a criterios de oportunidad previamente fijados por la ley para casos concretos. Es hacer más viable la promoción de la justicia para ciertos casos, como ocurre con el art. 171.3 del Código penal<sup>264</sup> o con las opciones que la Ley de Responsabilidad Penal del Menor otorga al Fiscal de cara a la persecución de la conducta delictiva de menores<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> ARAGONES ALONSO, Pedro: *Instituciones de Derecho Procesal penal*, Madrid, 1981, pag. 123.

<sup>264</sup> El art. 171.3 C.p. establece que el Ministerio Fiscal tendrá la opción de no dirigir la acción penal contra aquellas personas que hubiesen sido chantajeadas a cambio de revelar un delito. En tal caso el Ministerio Fiscal, y para conductas penadas con menos de dos años de prisión, en aplicación del principio de oportunidad reglada tendrá la opción de no acusar. En este caso entendemos justificada la aplicación de la oportunidad reglada porque la consecución del fin de la justicia ampara tal comportamiento.

<sup>265</sup> Afirma FLORES PRADA que “la garantía constitucional que aporta el principio de legalidad ex artículo 124.2 CE, consiste en la sujeción del ejercicio de la acción penal a reglas jurídicas predeterminadas, ya puede reconducirlas el legislador ordinario a la obligatoriedad, ya pueda prever supuestos condicionales para su ejercicio. No se iría, pues, en el segundo caso, más allá de

Podría también plantearse que el principio de oportunidad reglada puede vulnerar el principio de legalidad cuando la ley que regula determinada actuación no es lo suficientemente precisa marcando la conducta del Ministerio Fiscal. Es fundamental que la oportunidad no se convierta nunca en la generalidad, sino que sea la especialidad, pues de otra forma no sólo se complica la realización última de la Justicia, sino que además se vulneraría el principio de legalidad, que en la actuación del Ministerio Fiscal tiene carácter constitucional.

Diremos finalmente que la idea de “la Ley como máxima garantía de las libertades públicas” fue un concepto acuñado durante la Revolución francesa y que trasladado al tema que nos ocupa impone a la Ley la verdadera protección de los derechos del individuo, convirtiéndose de esa forma el Ministerio Fiscal en garante de los mismos<sup>266</sup>. Tal afirmación, no implica ni ruptura del principio de legalidad, ni acoplamiento al principio de oportunidad, sino que supone el entender el principio de legalidad como

---

la autonomía funcional que el Ministerio Fiscal tiene reconocida por la calificación jurídica de unos hechos, complementada ahora con la función de verificar la concurrencia de las condiciones que excepcionan el ejercicio de la acción penal”. FLORES PRADA, Ignacio: *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999.

<sup>266</sup> Así, y como apunta QUINTEROS OLIVARES, “el principio de legalidad ha de hacer posible la aplicación de la ley penal en sintonía con el espíritu y letra de la Constitución, a la que deben subordinarse todas las leyes y también su aplicación por los jueces, que podrán entenderlas derogadas en aquellos que contradigan a la norma fundamental constitucional. La sumisión al principio de legalidad, hoy, no puede, pues, conformarse con la simple y escrupulosa aplicación de la ley y las demás garantías: ha de ir más allá y llegar al ideal de justicia material que el derecho positivo dice perseguir”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *El tiempo y el derecho penal: legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad y prescripción del delito*. “Garantías procesales de los derechos fundamentales en el Orden penal”. Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales, II-1999. Madrid, 1999, pag. 597.

una garantía de actuación por parte del Ministerio Fiscal, que en suma es garante de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO afirmaba refiriéndose al Ministerio Fiscal que el mismo “ha de ser, por tanto, intérprete que procure concordar el precepto articulado con el supremo ideal de justicia y con el interés público en la actuación de la ley, entre otras razones, porque la ley, obra de la abstracción, jamás puede percibir, aun siendo agotadoramente causística, las diferencias de matiz que tanto separan a veces casos superficialmente semejantes”<sup>267</sup>. El Ministerio Fiscal no es esclavo de la ley, sino su defensor, y como tal debe procurar el fin último de alcanzar la Justicia, pues tal fin está constitucionalmente amparado por el art. 1.1 CE, que es sin duda la Ley fundamental.

En lo que al principio de imparcialidad se refiere podemos afirmar que rige la institución del Ministerio Fiscal tanto como el de legalidad, y ello por imperativo constitucional. Así el propio EOMF en su art. 7 se encarga de exponer su contenido en los siguientes términos: “por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados”. Se trata de “una consecuencia necesaria del principio de legalidad, ya que mal puede defender la legalidad quien no es independiente, objetivo o imparcial”<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, Niceto: *Lo que debe ser el Ministerio Público*, en Rev. G. De Legislación y Jurisprudencia, Año LXXVII, Tomo 155, 1929.

<sup>268</sup> DOLZ LAGO, Manuel Jesús: *Los principios de actuación del Ministerio Fiscal*, Poder Judicial nº 9, Diciembre 1983, pag. 83.

Evidentemente no estamos ante una imparcialidad como la que es predicable de los órganos jurisdiccionales, pues lo cierto es que el Ministerio Fiscal en el proceso penal actúa como parte, pero, y ahí está lo que lo caracteriza, siempre actuando sin implicación del propio funcionario que representa a la Institución en el caso concreto. Es aquí donde se predica esa imparcialidad que caracteriza su actuación, precisamente en la ausencia de implicación personal en el proceso. No obstante, ello implica necesariamente una abstracción difícil para la propia persona que en un momento dado ejerce la función de Ministerio Fiscal, pues su grado de implicación, en casos especialmente significativos, llega a ser tal que resulta complejo pensar que ese determinado funcionario actúa sin motivación personal, o al menos profesional. Es difícil si se trabaja acusando, cambiar en un momento esa posición por la de defensor<sup>269</sup>, máxime durante la instrucción, durante la cual en el fondo son dos personas, Juez instructor y Ministerio Fiscal quienes actúan acusando, pues por mucho que deban buscar pruebas incriminatorias y exculpatorias, suele ser siempre la defensa quien aporta al proceso éstas últimas. Pero, pese a ello, no debemos olvidar que la dialéctica del juicio es lo que posibilita la búsqueda de la verdad material por parte del Juez, y esa dialéctica surge por la contradicción entre las partes.

La diferencia en este punto del Ministerio Fiscal como parte del proceso y la defensa, es que para aquél, la llevanza de la acusación debe tomar como referencia la búsqueda de la verdad guiando su actuación por la imparcialidad, mientras que el abogado defensor, aún siendo también parte, se debe a la defensa como fin último de su actuación, aún siendo conocedor

---

<sup>269</sup> El propio art. 3.4 EOMF manifiesta que entre la misiones del Ministerio Fiscal está la de “ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda”.

de la culpabilidad de su patrocinado, sin que ello suponga, sino todo lo contrario, menoscabo alguno para la Justicia. Mientras que el Ministerio Fiscal lo que busca es que se haga Justicia, el abogado defensor lo que busca, y así debe ser, es que su defendido obtenga la más favorable de las resoluciones posibles<sup>270</sup>.

Respecto al poder judicial, del que, como es sabido, también se predica su imparcialidad, una importante diferencia radica en que *“la imparcialidad del Juez implica una posición esencialmente pasiva, expectante, separada y ajena al desarrollo del litigio. No basta así con que el Juez no sea formalmente una parte, sino que resulta preciso que tampoco actúe como una parte”*<sup>271</sup>. Así, en lo que a la instrucción se refiere, es de destacar como la imparcialidad del Ministerio Fiscal en nada se ve afectada por la asunción de actividades de investigación, dada su actuación de parte acusadora, pero cuando es el Juez el que investiga, esa imparcialidad propia del Poder judicial, referida a su posición ajena al litigio, se puede ver afectada, al acercarse su imparcialidad a la que es propia de la institución Fiscal.

### 3. La Policía judicial

---

<sup>270</sup> Así pues, la imparcialidad de esta figura, “no puede referirse a otra cosa que al ejercicio de sus funciones, a la realización de lo que le encomienda la Constitución y las leyes. Un ejercicio cuyo móvil debe ser el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente. No importa (...) si en la esfera objetiva el testimonio es verdadero, el dictamen exacto y la resolución justa o legal. Baste que el acto se inspire en este deseo”. MARTÍNEZ DALMAU, Rubén: Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal. Valencia, 1999, pag. 191. Citando a GOLDSCHMIDT, Werner: *La imparcialidad como principio básico del proceso. (La parcialidad y la imparcialidad)*. Revista General del Derecho nº 2, abril-mayo-junio 1959, pág. 207.

<sup>271</sup> FLORES PRADA, Ignacio: *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999, pág. 609.

Otro artículo de la Constitución vinculado a la actividad instructora es sin duda el art. 126<sup>272</sup> que regula la Policía Judicial, dado que en ella recae las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente. Aquí debemos puntualizar que el citado artículo solo hace depender a la policía de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal en aquellas funciones de averiguación, descubrimiento y aseguramiento del delincuente. El resto de las funciones policiales no relacionadas directamente con el proceso penal, quedarán bajo el ámbito competencial del correspondiente Ministerio<sup>273</sup>.

Los miembros de la Policía judicial son ciertamente de lo más variado, como así plantea el art. 283 LECRIM, y abarca desde autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública, hasta personal de la Jefatura Central de Tráfico, pasando incluso por guardas de montes o agentes municipales. Aunque de hecho, el art. 29 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado<sup>274</sup> plantea que “las funciones de la Policía Judicial que se encomiendan en el artículo 126 de la Constitución serán

---

<sup>272</sup> Art. 126 CE: “La policía judicial depende de los jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca”.

<sup>273</sup> Afirma DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA que la función de policía judicial es “aquella actividad típicamente policial, dirigida a la averiguación de los delitos y el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, así como en ciertas ocasiones a garantizar el cumplimiento y, en su caso, la ejecución coactiva de las resoluciones de las autoridades judiciales y fiscales, auxiliándolas en sus funciones procesales de carácter criminal”. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001, pag. 335.

<sup>274</sup> Ley Orgánica 2/1986, de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (BOE núm. 63, de 14 de Marzo).

ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a través de las Unidades que se regulan en el presente capítulo”<sup>275</sup>.

En este punto debemos llamar la atención de que precisamente el citado artículo de la Constitución hace depender a la policía judicial de los Jueces y Tribunales y del Ministerio Fiscal, lo que hace ver cómo desde 1978 ya se quería otorgar un papel más importante en la instrucción de las causas criminales al Ministerio Fiscal.

Así, parece evidente que el constituyente deseaba dejar la vía abierta para la participación del Ministerio Fiscal en la investigación. Con ello, quizá se pretendiera dejar vía libre al mantenimiento de la instrucción en manos de los jueces, pero sin cerrar la posibilidad a un cambio en el que la misma estuviera encomendada a los Fiscales. Si la policía judicial depende del Ministerio Fiscal es porque su actividad de averiguación del delito puede estar en manos del Ministerio Público.

A pesar de ello, debemos matizar que esa dependencia no vincula ni a Jueces ni a Fiscales al Ministerio del Interior, y ello pese a que la policía judicial está orgánicamente bajo la dependencia del Ejecutivo. La posibilidad de que jueces y fiscales utilicen para la averiguación de los delitos dotaciones de determinados Cuerpos de Seguridad del Estado adscritos a la policía judicial en modo alguno crea una vinculación

---

<sup>275</sup>Como matiza COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, “la policía judicial no constituye un cuerpo de Policía, sino una función policial, encomendada en forma genérica a todos los Cuerpos y fuerzas de Seguridad, y en forma específica a las Unidades Orgánicas, y en su caso adscritas, integradas por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado”. COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel: *El fiscal y la policía judicial*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV, Madrid, 1998, “La investigación del Fiscal”, Pág. 99.



indeseable entre el Ejecutivo y aquellos. Lo que no debemos desconocer es que la cooperación en materia criminal es del todo ineludible, y no es recomendable actuaciones descoordinadas entre las distintas instituciones que constitucionalmente tienen encomendados la persecución de la criminalidad.

Precisamente esa posibilidad de que jueces y fiscales tengan la opción de acudir a la policía judicial para la averiguación de los hechos delictivos refuerza la independencia de ambas instituciones, dado que no necesitan acudir al Ejecutivo, a través del correspondiente ministerio, para solicitar la intervención de la policía. Ciertamente queda reforzada la independencia. Pese a ello, no podemos olvidar que el Ministerio Fiscal, por su *vinculación* (llamemos) *indirecta* al ejecutivo mantiene un marco de actuación más cercano a la policía judicial que los jueces, por lo que sus posibilidades en materia de investigación se ven reforzadas, al menos desde este punto de vista<sup>276</sup>.

El problema puede surgir cuando la carga de trabajo que recae tanto en Fiscales como en Jueces de instrucción es tal que *de facto* es la policía quien asume la investigación. Desde luego ello conlleva un peligro como bien ha destacado GÓMEZ COLOMER “*el peligro no sólo de una investigación ineficaz, sino también de otros males mayores, como el de impunidad o de corrupción policial, está en el fondo de esta cuestión, puesto que ni el sistema legal considerado en la abstracción de la ley ni su*

---

<sup>276</sup> En este sentido se pronuncia Jorge de Esteban y Luis López Guerra, en su libro “Régimen constitucional español” (Barcelona, 1984).

*práctica deben tolerar que la investigación real descansa en manos de la Policía”<sup>277</sup>.*

Desde luego dicha postura parte de una concepción de la policía como instrumento que debe estar al servicio de otras instituciones para alcanzar los fines perseguidos por el proceso penal. Quizá la ineficacia de las investigaciones se pudiera subsanar con una mayor exigencia de formación a la policía, dado que sólo desde el conocimiento de las garantías procesales puede llevarse una investigación dentro de los márgenes constitucionales que permitan finalmente tras la correspondiente acusación la condena del culpable. Por ello también, la creación de un Cuerpo de Policía Judicial independiente, efectivo, y formado, pudiera ser la clave para despejar lo lógicos temores que la policía actual suscita en aras a la llevanza de la batuta de la investigación criminal.

Pese a ello, también ha llegado a plantearse que la solución a los problemas derivados de la investigación penal, pasen por otorgar la investigación a la propia policía judicial. En tal sentido se ha pronunciado con suma claridad DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA que mantiene que “*la investigación propiamente dicha de toda clase de delitos y faltas debe competir en exclusiva a la Policía Judicial*”<sup>278</sup>.

---

<sup>277</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional*, Revista del Poder Judicial, nº 64, 2001 (IV), Consejo General del Poder Judicial. Punto I.2.3º.

<sup>278</sup> DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001, pag. 338.

En este punto, no podemos olvidar el gran vuelco que en la materia que nos ocupa supuso la conocida como Ley de Juicios Rápidos<sup>279</sup>, que vino a otorgar en la práctica la instrucción de determinados delitos a la policía judicial<sup>280</sup>. La importancia que adquiere el atestado de la policía es tal que de su existencia va a depender que la causa se instruya por este procedimiento o simplemente se encauce por el procedimiento abreviado normal. Es evidente que este predominio policial en la instrucción agiliza notablemente los procedimientos, porque, desde luego, lo que resultaba absurdo era practicar diligencias policiales que luego debían repetirse ante los juzgados de instrucción (y decimos juzgados y no jueces de instrucción pues realmente se practicaban en muchas ocasiones ante funcionarios y no ante jueces). De esta forma, el atestado resulta ser pieza fundamental del procedimiento, siendo más recomendable denunciar ante la policía que ante el juzgado o Ministerio Fiscal, puesto que en estos dos últimos casos el proceso no podría ir por el trámite de juicio rápido.

Lo que sí es necesario llamar la atención es en el agravio comparativo que se produce entre unos procedimientos y otros, seguidos por hechos similares. Por el mero hecho de que exista atestado policial se puede enjuiciar un asunto en menos de una semana, y sin embargo si el mismo hecho es denunciado ante el Juzgado podemos tener que esperar, como suele habitual, algo más de un año. Y ello, sin mencionar que se veda

---

<sup>279</sup> Ley 38/2002, de 24 de Octubre, sobre reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE 258, de 28 de Octubre de 2002).

<sup>280</sup> Dándole una “mayor participación activa y determinante del o los agentes de la autoridad para que se pueda poner en práctica este novedoso proceso”. MARTÍN COSTAS, Armando: “La llamada <<Ley de Juicios Rápidos>>. El reforzamiento de la actuación de la policía judicial en el proceso penal”. En <http://noticias.juridicas.com>, Marzo 2003.

al acusado de la posibilidad de la conformidad (y de la rebaja de un tercio de la pena) ante el juez de instrucción.

No negamos la virtualidad del sistema de juicios rápidos como modelo de enjuiciamiento para determinados delitos tal y como se ha configurado, otorgando a la policía verdaderas funciones de instrucción, pues era inútil repetir diligencias ante los funcionarios del juzgado (son igualmente funcionarios los del juzgado y los de la policía), pero lo que se trasluce bajo esta Ley tan llamativa es quizá un deseo político de aparentar normalidad y buen funcionamiento en la Administración de Justicia, porque con estas pequeñas reformas del enjuiciamiento penal no solucionamos el grave problema de la Justicia actual, sino que más bien se parchean los procedimientos de cara a crear una apariencia de agilización ante la opinión pública.

Obviamente pues, la reforma podemos verla como un paso adelante, y por qué no, como un experimento de cara a otorgar mayores responsabilidades a la policía para descongestionar los juzgados, pero lo que es también evidente es que los agravios comparativos entre distintos procedimientos en modo alguno debe venir justificada por el deseo político de agilizar la justicia.

Este papel de la policía en el juicio rápido tampoco está exento de críticas desde el momento en que supone una instrucción administrativa y con ello una merma de garantías jurisdiccionales<sup>281</sup>. Y ciertamente la

---

<sup>281</sup> En este sentido, RAMOS MÉNDEZ afirma que “estaba claro que la Policía se movía en una esfera de actuación administrativa y no jurisdiccional. Con la encomienda, se ha degradado la instrucción al ámbito administrativo y todavía hay que preguntarse si el sistema, tal como está

instrucción pierde importancia frente al atestado, por lo que sólo un mayor control del mismo por parte de quien tenga encomendada la instrucción permitiría una mayor salvaguarda de los derechos fundamentales en el proceso penal.

No podemos terminar el presente apartado sin hacer mención de la Instrucción nº 1/2008 Sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial<sup>282</sup>, la cual ha venido a clarificar las

---

concebido, lo consiente o no, incluso a nivel de rango normativo”. RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Enjuiciamiento criminal, Décima lectura constitucional*, Barcelona, 2010, pág. 42.

<sup>282</sup> Instrucción nº 1/2008 de la Fiscalía General del Estado de 7 de marzo “Sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial”. La citada Instrucción finaliza con las siguientes conclusiones: “1ª. Los Sres. Fiscales, en el ejercicio de sus facultades de dirección de la Policía Judicial, procurarán establecer cauces para una comunicación ágil y fluida con los responsables de las distintas investigaciones criminales, cualquiera que sea la fase procesal en que las mismas se encuentren.

2ª. Antes de iniciarse las actuaciones judiciales, las Instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos, se impartirán por los Sres. Fiscales Jefes de las Fiscalías que cuenten con Unidad de Policía Judicial Adscrita o por los Sres. Fiscales Jefes Provinciales, a través de la jefatura de las correspondientes Unidades.

3ª. Durante dicha fase pre-procesal, las Instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial de tenor análogo a las del apartado anterior y que afecten a diversas provincias de una Comunidad Autónoma, se realizarán por el Sr. Fiscal Superior de la misma.

4ª. En los supuestos en que las instrucciones generales se refieran a delitos enmarcados en el ámbito de una especialidad, serán coordinadas por el Fiscal de Sala correspondiente.

5ª. Cuando existan actuaciones judiciales o cuando las mismas afecten a distintos Cuerpos policiales, las instrucciones generales a las que se refieren los apartados anteriores se impartirán por los Sres. Fiscales Jefes

de los órganos del Ministerio Fiscal que cuenten con Unidades específicamente adscritas, a través de los responsables de las mismas. En otro caso, serán impartidas por los Sres. Fiscales Jefes Provinciales a través de las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial, sin perjuicio de que en supuestos de urgencia, los Sres. Fiscales Jefes puedan indicar a las

relaciones entre la propia Fiscalía y la Policía Judicial, estableciendo cauces concretos de comunicación entre los Fiscales y la policía judicial que en suma lo que pretenden no es sólo facilitar la propia investigación criminal, sino acercar más la figura del Fiscal a la propia investigación criminal, de tal forma que al agilizarse los cauces de comunicación se adquiera una mayor eficiencia en la propia investigación.

---

correspondiente Unidades de Policía Judicial las pautas generales de actuación que correspondan, trasladándolas posteriormente a las expresadas Comisiones Provinciales.

6ª. Las instrucciones particulares o las ordenes a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios o modos de actuación en investigaciones concretadas en supuestos determinados, se impartirán por el Fiscal encargado de asunto a través del Jefe de la Unidad o directamente a los funcionarios que practiquen la investigación, con la dación de cuenta inmediata y documentada al Fiscal Jefe en los casos de importancia o trascendencia, en virtud de lo dispuesto en el art 25 EOMF. Cuando se trate de investigaciones relativas a delitos enmarcados en una especialidad, los Sres. Fiscales también informarán al Sr. Fiscal de Sala Coordinador o Delegado que corresponda.

7ª. Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales despacharán con los Jefes de las Unidades Orgánicas Provinciales de Policía Judicial, con la frecuencia necesaria para el puntual traslado de la información que corresponda, aquellos asuntos concretados en supuestos presuntamente delictivos respecto de los que no se hayan incoado diligencias judiciales, e impartirán las instrucciones que sean precisas para el correcto desarrollo jurídico de la investigación.

8ª. Los Sres. Fiscales están facultados legalmente para continuar en sus funciones de dirección de la Policía Judicial aunque exista un procedimiento judicial en curso, por lo que aún en estos supuestos podrán ordenar a la Policía Judicial la práctica de diligencias concretas referidas a aspectos puntuales de la investigación, con el objeto y con la obligación de aportarlas a la causa cualquiera que fuera su resultado, en virtud de principio de imparcialidad que preside su actuación.

9ª. Los Sres. Fiscales promoverán las vías de comunicación precisas con las Unidades de Policía Judicial que hayan intervenido en asuntos concretos, a los efectos de realizar las aclaraciones o ampliaciones de la información obrante en la causa que fueran necesarias, así como para determinar los agentes policiales cuya participación pueda ser relevante en relación con la pretensión punitiva, con el objeto de desterrar la práctica de citaciones generalizadas de agentes policiales y, por parte de éstos, las repuestas genéricas o evasivas en el acto del juicio oral”.

Por tanto, queda claro que la relación de dependencia de la Policía judicial hacia la Fiscalía no está reducida a la mera investigación preprocesal que realice la propia Fiscalía, sino que muy al contrario se mantiene o debe mantenerse durante toda la tramitación procesal de la causa, y ello incluso cuando la investigación adquiere carácter judicial, es decir, cuando se inicia la actividad del Juez de Instrucción. Con ello se evidencia el propio deseo de la Fiscalía de no perder esa iniciativa y dirección sobre la Policía judicial durante la propia instrucción, interpretación ésta no exenta de inconvenientes, porque muy bien avenidos deben estar el Juez Instructor y el Fiscal competentes en un determinado procedimiento para que sus instrucciones a la Policía judicial sean coordinadas y no contradictorias. Es, sin duda, razonable que el Ministerio Fiscal continúe durante todo el procedimiento penal ejerciendo labores de dirección sobre la Policía judicial, pero es quizá ésta una visión más acompañada con un modelo de instrucción en manos del Ministerio Fiscal, que con el actual modelo de instrucción en manos del Juez de Instrucción.

#### 4. Los particulares en la instrucción penal: acción popular (art. 125 CE), acusación particular y acusación privada.

La actividad de los particulares en la Justicia penal viene sobre todo marcada por su actuación como parte en el proceso penal, bien como parte acusada o bien como acusadora. Pues bien, en este punto nos centraremos en su actuación como acusadora, por cuanto desde esta perspectiva es indudable su importancia dentro de la instrucción.

Así, aunque la víctima tiene derecho a intervenir en el proceso penal, actuando como acusador particular, desde un punto de vista constitucional

el art. 125 tan sólo hace referencia a la acción popular. Quizá porque el derecho a ser parte acusadora particular sea un derecho que se encauza más bien dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, como derecho de acceso a los Tribunales. Sin embargo el derecho a ejercer la acción popular viene, llamativamente encuadrado, dentro del Título VI (*“Del Poder Judicial”*) de la Constitución, evidenciando que nos encontramos ante una institución de más amplio calado en el seno de la Justicia que el mero ejercicio de la acción del ofendido por el delito. Quien ejerce la acción popular pretende algo más que el mero resarcimiento pues “la acción popular es una manifestación del derecho subjetivo público de libre acceso a los Tribunales en el que la pretensión, por fundarse en el interés público, no precisa el requisito de la legitimación, pues se pretende el cumplimiento del ordenamiento jurídico”<sup>283</sup>.

Pero la acción popular, y sobre toda quizá en fase de instrucción, es también una garantía para la sociedad, de forma que evita, al promover la acción de la Justicia, que intereses partidistas o criterios pseudopolíticos impidan por falta de acusación la continuación del proceso. Si bien es cierto que el Ministerio Fiscal se debe en todo caso al principio de legalidad y de imparcialidad, no es menos cierto que en ocasiones (afortunadamente en pocas) y cuando la acción penal se encamina contra políticos, autoridades o altos funcionarios, se ha venido poniendo en tela de juicio, con más o menos razones cierta *relajación* en la intervención del Ministerio Público, que en nada beneficia el buen fin de la Justicia. De ahí precisamente la virtualidad de la acción popular. No obstante, tampoco podemos olvidar la

---

<sup>283</sup> GARRIDO FALLA, Fernando y otros: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, pag. 1.849.



grave instrumentalización que se viene haciendo de la acción popular por parte de los partidos políticos<sup>284</sup>.

Lo cierto es que la acción popular está pensada también como garante de la propia imparcialidad del Ministerio Fiscal, pues puede poner en entredicho aquellas actuaciones de la Fiscalía que pudieran resultar dudosas<sup>285</sup>.

Tal planteamiento no está exento de críticas por cuanto la acción popular, ejercida con abuso y sin control de su admisión puede llevar a situaciones descabelladas por ejercicio desmesurado de la acción penal, con ánimo espurio. Desgraciadamente en los últimos años venimos contemplando no sin asombro la instrumentalización clara y absolutamente politizada que se viene haciendo de la acción popular, que en suma lo que hace es desprestigiar su propio valor dentro del sistema de garantías procesales<sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup> Y así, como afirma GIMÉNEZ GARCÍA “no cabe tampoco olvidar la proliferación de querellas políticas que suponen una intolerable instrumentalización del proceso penal para fines ajenos a la justicia, con un desgaste, también intolerable, para los operadores judiciales y el propio colectivo judicial”. GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremos, EGUZKILORE, Número 23, San Sebastián, Diciembre 2009, pag. 317 – 331.

<sup>285</sup> Así, afirma CRESPO BARQUERO que “como garantía última del ciudadano ante la acción insuficiente, desviada o manipulada del Fiscal, se añade en nuestro sistema –admirado a lo largo y ancho de Europa en este punto- el mecanismo de la acción popular que consagra el art. 125”. CRESPO BARQUERO, Pedro: *Las garantías en la instrucción por le fiscal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, “La investigación del fiscal”, Madrid, 1998, pág. 211.

<sup>286</sup> Curiosamente ya ALCALÁ ZAMORA CASTILLO criticaba esta institución calificándola de injusta y peligrosa. “Injusta porque desequilibra el proceso el proceso en perjuicio del acusado, ya que si el delito produce un doble daño –al sujeto pasivo y a la sociedad-, son sus representantes –acusación privada o particular, cuando se persone la parte ofendida, y el Fiscal- los únicos a quienes toca actuar, a fin de que el proceso sea la reacción en el terreno judicial de dos lesiones de

No cabe duda que tales palabras nada bueno traslucen de la acción popular, pero pese ello, y por la larga tradición de la acción popular en nuestro Derecho, lo cierto es que su reconocimiento Constitucional (y su propia ubicación dentro del Título VI) refrenda un deseo de que la propia sociedad tenga en sus manos mecanismos que coadyuven en la investigación, persecución y castigo de los delincuentes. En palabras de GIMENO SENDRA “*la acción popular es un derecho cívico (reservado a los españoles) y activo, mediante cuyo ejercicio, los ciudadanos pasan a asumir una función pública, cual es la acusación*”<sup>287</sup>. Por ello, no podemos ser tan críticos con la institución que comentamos, porque le reconocemos ese valor de garantía para el buen fin de la Justicia, pues para evitar desviaciones torticeras existe el cauce del proceso, y en última instancia el propio delito de calumnia que castiga a quien falsamente imputa a otro un delito<sup>288</sup>. Así, la acción popular tiene reconocimiento constitucional, y por

---

distinta naturaleza, causadas por el doble ataque de que fueron objeto. Peligrosa, porque esa ausencia de interés determinado se presta a que la acusación popular sea el arma de las pasiones excitadas, la representación de los más audaces, y no, como su nombre parece indicar, la de los más numerosos; hasta puede ser (el caso se ha presentado, desgraciadamente) la confabulación de Abogados sin escrúpulos con la defensa. Para todo sirve menos para obtener algo medianamente provechoso, sin contar la pérdida de tiempo y dinero que una intervención superflua supone”. ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, Niceto: *Lo que debe ser el Ministerio Público*, en Rev. G. De Legislación y Jurisprudencia, Año LXXVII, Tomo 155, 1929, pag. 530.

<sup>287</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal* Tomo II Proceso penal. Valencia, 1993, pág. 272.

<sup>288</sup> Como ha señalado DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ “la ausencia de monopolio público sobre la acción penal limita las posibilidades del poder político de obtener ventajas, tanto por exceso como por defecto en la acusación, mediante la manipulación del Ministerio Fiscal. La posibilidad de que haya varios acusadores implica, por definición, la posibilidad de controles recíprocos entre ellos”. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *Ministerio Fiscal y acción popular en España: una aproximación histórica*, Revista Tribunales de Justicia, nº 11, 1999, pág. 1021.

tanto, no debemos convertirla en una institución marginal que se ejerza de forma residual, sino que muy al contrario, debe encuadrarse en un marco normativo que permita su ejercicio legítimo en defensa del interés público y desvinculada del intereses partidistas ajenos a la consecución de la Justicia. No puede olvidarse que nuestro TC ha venido a configurar la acción popular como un auténtico derecho constitucional amparado incluso por el propio art. 24.1 CE, por lo que queda dentro del ámbito de protección del propio recurso de amparo<sup>289</sup>.

Por tanto, el tema subyacente no es otro que la limitación del ejercicio de la acción popular dentro del marco constitucional, siendo además ésta la tendencia actual, de tal forma que quede a salvo su ejercicio como expresión del art. 24 CE. Y, como ya hemos apuntado, dicha limitación está íntimamente ligada a una figura del Ministerio Fiscal más independiente, dado que si la acción popular está configurada en cierto modo como una garantía del ejercicio justo de la acción penal, a mayor cota de independencia del Ministerio Público menos justificada resulta la acción popular desde un punto de vista de salvaguarda de la independencia, aunque obviamente la acción popular siempre estaría justificada por su valor como *desmonopolizador* de la acción penal por parte del Estado.

Esta tendencia a la independencia del Ministerio Fiscal que puede observarse en las últimas reformas que afectan a la institución, viene de la mano de limitaciones al ejercicio de la acción popular, limitaciones que tuvieron refrendo legal en la modificación operada por la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dada por la Ley 38/2002 sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de delitos y faltas,

---

<sup>289</sup> SS. TC nº 62/1983, de 11 de Julio y nº 147/1985, de 29 de Octubre.

y de modificación del procedimiento abreviado (art. 782), según interpretación del propio Tribunal Supremo.

De hecho, el TS se pronunció en el *Caso Botín*<sup>290</sup> en tal sentido pues consideró que el acusador popular por sí solo no tenía legitimación para mantener la acusación, dado que ni el Ministerio Fiscal ni la acusación particular la mantenían. Tal interpretación del art. 782 LECRIM no estuvo exenta de polémica pues es claro que posiciona al acusador popular en clara desventaja procesal respecto a otros acusadores, pero en el citado asunto quizá lo más significativo en relación al tema que nos ocupa es que el TS dejó claro que la acción popular en modo alguno puede obtener su fundamento en una desconfianza hacia el Ministerio Fiscal.

El matiz vino luego con la interpretación que del citado art. 782 hizo la Sentencia del TS en el *Caso Atutxa*<sup>291</sup>. Y es que con esta nueva interpretación se permitía al acusador popular mantener la acusación sin el apoyo del Ministerio Fiscal siempre que no existiera acusador particular por no existir un perjudicado directo del delito, lo cual en suma vino a suponer una contradicción con su doctrina anterior<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> Sentencia del TS nº 1045/2007, de 17 de Diciembre.

<sup>291</sup> Sentencia del TS nº 54/2008 de 8 de Abril.

<sup>292</sup> Pues bien, lo cierto es que como afirma GIMÉNEZ GARCÍA “Tal vez una posible explicación de la doctrina amplia de la Sala II haya de encontrarse, como ya apuntaba Silvela, en la desconfianza o pasividad del Ministerio Fiscal en relación a la investigación de casos que pudieran inquietar al Poder Ejecutivo, dada la naturaleza de cargo de su confianza, del Fiscal General del Estado y la estructura jerárquica de este Ministerio. Creo que esta situación ha quedado superada. La última reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal –Ley 24/2007– y la profundización en su independencia (sin perjuicio de que se deba avanzar en esa línea), no permite, a mi juicio, seguir sosteniéndose esa sistemática desconfianza hacia su papel, ni menos postular que la desconfianza entre poderes sea el criterio que debe regir entre los mismos en un Estado de Derecho consolidado como el nuestro”. GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: Reflexiones sobre la acción popular en el

Así pues, parece acertado mantener que con el grado de independencia actual del Ministerio Fiscal no parece que podamos justificar la existencia de la acción popular en una defensa a ultranza del interés público en casos en el que el propio Ministerio Público decida no acusar. Debemos decir, que con independencia de que exista una clara necesidad de desarrollar legalmente las condiciones del ejercicio de la acción popular, lo que es evidente es que la misma no debe estar justificada en desconfianzas al Ministerio Fiscal.

No obstante, y curiosamente la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto de LECRIM aprobado por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011, afirma que “Por una parte, se ha de procurar que el ejercicio de la acción popular sirva de contrapeso frente a una concreta actuación del Ministerio Fiscal que puede ser controvertida. Por otra parte, se ha de prevenir que esta acción tendente a la imposición de la pena se utilice para la consecución de intereses ajenos a los fines del proceso”. Por tanto, parece que se vuelve a lo mismo, es decir, a la tesis ya rechazada por el TS que no es otra que vincular la justificación de la acción popular a una desconfianza hacia el Ministerio Fiscal.

Así, el citado Anteproyecto, recogiendo la doctrina del TS ha venido a plantear una futura acción popular menos libre para el querellante, pero quizá algo más respetuosa con los fines legítimos de la citada institución

---

proceso penal desde la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremos, EGUZKILORE, Número 23, San Sebastián, Diciembre 2009, pag. 317 - 331

que no deben ser otros que la participación ciudadana en la administración de Justicia con fines de interés general. Finalmente diremos que incluso más restrictiva con la acción popular es la borrador de Código Procesal Penal que a principios del año 2013 presento el Gobierno. En el mismo se limitaba la acción popular a determinados delitos<sup>293</sup>, se unificaba en una sólo dirección letrada y se prohibía directamente a los partidos políticos y sindicatos el ejercicio de la misma, lo cual no deja de ser, cuando menos controvertido, por la limitación clara que puede suponer en aras del derecho a la tutela judicial efectiva.

##### 5. Las garantías del art. 24 CE y su relación con la instrucción penal

Quizás el artículo de la Constitución que de forma más contundente ha influido e influye en la instrucción penal es el art. 24<sup>294</sup>, por cuanto las garantías procesales que el mismo contiene constituyen todo un elenco de salvaguardias imprescindibles en el Estado de Derecho, que ratifican no sólo los pronunciamientos jurisprudenciales, sino también las normas internacionales.

---

<sup>293</sup> Art. 71 Borrador del Código Procesal Penal

<sup>294</sup> Dicho artículo 24 establece que “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

### 5.1. Derecho a la tutela judicial efectiva

Pero de todas estas garantías o derechos, ¿cuáles afectan a la instrucción penal? Parece claro que de un modo indirecto todas, pero de forma directa y en primer lugar la tutela judicial efectiva pues “garantiza el derecho a obtener de los Tribunales una sentencia o resolución, y cubre además toda una serie de aspectos relacionados, como son la garantía de acceso al procedimiento y a la utilización de recursos, la posibilidad de remediar irregularidades procesales determinantes de indefensión y una motivación suficiente de las resoluciones judiciales”<sup>295</sup>. Por ello, es indudable la influencia que este derecho a la tutela judicial tiene durante la instrucción. No cabría hablar de verdadera instrucción garantista y acorde a los postulados constitucionales si no se garantizara el derecho a obtener una resolución en fase de instrucción, e igualmente no se garantizaran otros aspectos formales como el derecho a acceder al procedimiento, el derecho a remediar irregularidades procesales causantes de indefensión, el derecho al recurso, o el derecho a obtener resoluciones motivadas.

Son muchas las resoluciones judiciales que se necesitan durante la instrucción, desde la propia decisión de incoar el procedimiento hasta la que lo da por concluido, pasando por otras muchas de carácter instrumental (como las resoluciones que se dictan para llevar a cabo la investigación pero que necesitan la intervención judicial por afectar derechos fundamentales). Pues bien, la instrucción, esté en manos del Fiscal o del Juez, no puede ser ajena a ese derecho a obtener una resolución judicial dado que constituye un pilar básico de la tutela judicial efectiva.

---

<sup>295</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*, pág. 4, Granada, 2000.

En este punto debemos decir que son los jueces quienes deben ofrecer esa tutela durante la instrucción, por lo que no se vulneraría el derecho que comentamos por una hipotética instrucción en manos del Ministerio Fiscal, pues la defensa de los derechos fundamentales estaría siempre amparada por la jurisdicción y por tanto las resoluciones deben estar siempre fundadas, sin dar opción o cabida a la práctica habitual forense de dictar resoluciones durante la instrucción usando meros formularios, en los que el estudio pormenorizado del caso y la motivación brillan por su ausencia.

Así, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2003, reproduciendo doctrina de la misma Sala Segunda y del Tribunal Constitucional, tiene manifestado que el auto de transformación a procedimiento abreviado, es el equivalente procesal del auto de Procesamiento en el sumario ordinario, teniendo la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal en la medida que como se indica en la STC 186/90 de 15 de noviembre "...realiza (el instructor) una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación objetiva de los mismos...". Por ello, igual que en el auto de procesamiento, se está en presencia de un acto de imputación formal efectuado por el Juez Instructor *exteriorizador* de un juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria delimitador del ámbito objetivo y subjetivo del proceso que requiere de motivación<sup>296</sup>.

---

<sup>296</sup> No obstante, y como afirma el TC "El deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta de la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 en relación con el art. 120.3 CE), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la ratio decidendi de la resolución judicial (por todas, SSTC 128/1995 [RTC 1995\128] y 158/1996 [RTC 1996\158]). La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual



La motivación de las resoluciones judiciales es algo básico<sup>297</sup> pero lo cierto es que es habitual, al menos en procedimientos de escasa envergadura o en criminalidad de bagatela, ver autos durante la instrucción, escasamente motivados, cuando es quizá en este tipo de resoluciones donde mayor motivación debe exigirse, dado que en algunos casos se coartan derechos

---

en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras). Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada de este Tribunal que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (SSTC 128/1995 y 158/1996, 181/1995 [RTC 1995\181] y 54/1996 [RTC 1996\54]), todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996)” (STC 207/1996).

<sup>297</sup> Según apunta CHUMILLAS MOYA y en relación a la motivación de resoluciones judiciales “en primer lugar que la obligación de motivar las sentencias el artículo 120.3 de la Constitución Española impone a órganos judiciales, puesta en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española que comprende entre otros el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho de los Jueces y Tribunales, determina la necesidad que las resoluciones judiciales contengan una motivación suficiente, cuya carencia entraña la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española; en segundo término que el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo, y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales, y tiene como fin permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, y en tercer y último lugar que la de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de resoluciones judiciales, por ello no exige que el judicial se extienda pormenorizadamente sobre todos y uno de los argumentos y razones en que las partes fundan sus pretensiones, admitiéndose la validez constitucional de la motivación aunque sea escueta”. CHUMILLAS MOYA Marta: “*Motivación de las resoluciones judiciales*”, Revista Internauta de Práctica Jurídica, Universidad de Valencia, Núm.10 (julio-diciembre, 2002).

fundamentales sin que exista juicio previo (caso de resoluciones restrictivas de derechos fundamentales).

Esta exigencia de motivación al órgano judicial debe ser además, no sólo exigida por la defensa, sino también por el Ministerio Público, pues como recuerda el TS en Sentencia de la Sala 2ª, de 16 de Diciembre de 1994 “no cabe, pues, albergar duda alguna de que al Ministerio Fiscal le corresponde la titularidad para, en el ejercicio de sus funciones en el proceso, reclamar de los órganos jurisdiccionales la correspondiente tutela judicial efectiva”. El Ministerio Fiscal no es un mero acusador sino un órgano que debe velar por el principio de legalidad y por los derechos de los ciudadanos.

Ciertamente el derecho a la tutela judicial efectiva es algo más que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, pues implica ante todo acceso a los Tribunales, y desde esta perspectiva implica un derecho de acceso del acusado (configurado como garantía de enjuiciamiento justo, para ello existen las garantías del proceso), pero también del acusador privado, particular o de quien ejerce la acción popular. Acceso al proceso que debe ser desde el inicio, es decir, desde la instrucción, partiendo incluso de la base de que dicho acceso lo sea desde la primera actuación policial, es decir desde que el abogado defensor es llamado para prestar declaración en sede policial, como finalmente se he reconocido en la última reforma de la LECRIM<sup>298</sup>. Además a esa tutela que ofrecen los Tribunales, nuestra Constitución ha venido a exigirle *efectividad*, matizando que no es meramente el derecho a acceder a los Tribunales lo que verdaderamente cuenta sino que además ese acceso cuente con la efectividad necesaria para

---

<sup>298</sup> Art. 520.2.d) de la LECRIM según redacción dada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

el buen fin de la justicia, y no cabe llegar a ella desde resoluciones vacías de contenido, inaplicables o no ejecutadas.

También debemos mencionar el derecho a remediar irregularidades procesales del órgano jurisdiccional de forma tal que se permita al acusado que los defectos procesales no perjudiquen su derecho de defensa, pero siempre teniendo en cuenta que el derecho a la tutela judicial no ampara la negligencia o pasividad del acusado<sup>299</sup> o su defensa durante la instrucción, de ahí que sea necesaria una posición activa del acusado y su defensa, posición que por otro lado sólo puede serlo si el sujeto es notificado de cuantas resoluciones recaigan en esta fase del proceso.

Finalmente diremos que el derecho al recurso forma también parte del derecho a la tutela judicial efectiva, e igualmente está presente en la fase de instrucción. Como afirma el TC desde hace tiempo *“el derecho al recurso procesal legalmente establecido supone dentro de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, el derecho a la formulación y admisión ante*

---

<sup>299</sup> “Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, que la jurisprudencia ha acogido (en este sentido la STS de 16 de julio de 2009), que la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la Ley ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir, la negligencia, impericia o el error. La ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el art. 24.1 CE; así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desacertada, equivoca o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar la deficiencia en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte STC 167/88, 101/89, 50/91, 64/92, 91/94, 280/94, 11/95)”. Sentencia A.P. Las Palmas 59/2013 de 15 de abril.

*nuevas instancias jurisdiccionales de las pretensiones desestimadas por el tribunal “a quo”<sup>300</sup>*, y ello sin duda es de vital importancia en la instrucción, pues con independencia de quien sea el órgano instructor lo que sí debe garantizarse es que quede siempre abierta la vía a que un órgano jurisdiccional pueda revisar una previa decisión. Así, el propio artículo 216 LECRIM<sup>301</sup> establece esa posibilidad de recurrir durante la instrucción, de tal forma que se permite que las decisiones del Instructor sean revisadas en una instancia superior. Configurar una instrucción sin un escrupuloso respeto a esta premisa supondría una clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

## 5.2. Otras garantías del art. 24 CE

En segundo lugar tenemos todas las restantes garantías procesales que abarca el art. 24.2. Nos iremos deteniendo en aquellas que afecten a la instrucción del proceso penal, puesto que en función del estricto respeto a las mismas podremos hablar establecer un modelo acorde con la Constitución.

### 5.2.1 El derecho de defensa mediante la promoción de la contradicción

El art. 24.2 CE establece el derecho a la defensa mediante la promoción de la contradicción, así “este derecho supone que en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictorio de las partes contendientes, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar

---

<sup>300</sup> TC Sentencia 110/1985, de 8 de Octubre

<sup>301</sup> At. 216 LECRIM “Contra las resoluciones del Juez de instrucción podrán ejercitarse los recursos de reforma, apelación y queja”.

procesalmente el reconocimiento de sus derechos e intereses”<sup>302</sup>. Por ello en función de cual sea la misión del Fiscal durante la instrucción puede existir una afectación a tal derecho. Si consideramos al Fiscal como parte, aunque ciertamente privilegiada, parecería acertado que, aunque la investigación fuese llevada a cabo por él, existiera la posibilidad de que la defensa pudiera instar al Juez a que se practicaran diligencias que por su carácter difícilmente podrían ser aportadas por el investigado, dado que de lo contrario se produciría una vulneración del derecho que comentamos, pues el Ministerio Fiscal no sólo tiene los medios humanos y científicos a su disposición, sino que además ostenta durante la instrucción una posición privilegiada.

Dicha posición viene justificada según la Exposición de Motivos de la LECRIM del siguiente modo: “Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro, desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable... Para restablecer... la igualdad en las condiciones de lucha... menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y, los indicios de culpabilidad de su autor”. Aunque estos privilegios continúan existiendo se han visto modulados con la promulgación de la Constitución.

Admitir sin más que cada parte aporte sus pruebas durante el procedimiento es tanto como decir que cada enfermo compre y lleve al

---

<sup>302</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: Derechos Fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Nociones básicas y jurisprudencia esencial, pág. 18, Granada, 2000.

hospital los medicamentos que necesita para su curación. Es necesario, si la instrucción acabara recayendo en el Ministerio Público, que las defensas pudieran instar ante el Fiscal o y el Juez en vía de recurso, la práctica de aquellas pruebas necesarias para su defensa, precisamente para evitar que quienes puedan permitírselo económicamente gocen de una mejor defensa por una mejor aportación de pruebas que aquellos que carezcan de medios económicos, polémica ésta muy discutida en sistemas democráticos de larga tradición como el de los Estados Unidos, pero que en suma ponen de relieve la necesidad de la tutela estatal del más desfavorecido.

Ante tal planteamiento podría pensarse que el Ministerio Fiscal, al estar sujeto al principio de legalidad y tener como norte en su actuación no ya la acusación en sí mismo, sino la búsqueda de la verdad material (condena del culpable y absolución del inocente), podría acordar la práctica de aquellas diligencias que la defensa solicitara, pero lo cierto es que sería tanto como dejar en sus manos la propia defensa, cuando de todos es sabido que en la práctica la actuación de los Fiscales suele estar encaminada a la inculpación, precisamente por la dificultad que entraña el ser acusador, investigador y a la vez garante de la legalidad.

Así, parece que la idea del legislador, al menos del que elaboró el Anteproyecto de LECRIM aprobado por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011, iba por esos derroteros, es decir, se pretende que la defensa pueda conocer el contenido íntegro de la investigación, pudiendo proponer diligencias y reiterarlas ante el Juez si son inadmitidas por el Fiscal.

En relación al tema que nos ocupa, manifiesta De URBANO CASTRILLO citando a CONDE PUNPIDO<sup>303</sup> que se hace necesario un modelo en el que instruir, acusar y juzgar acabe en manos diferentes, de forma tal que se permita la contradicción en el proceso y podamos hablar con claridad de un proceso contradictorio porque sólo desde esa perspectiva se puede ejercer con garantías el derecho de defensa<sup>304</sup>. Así, llevar la contradicción a la instrucción supone un paso más en el respeto a las garantías constitucionales desde un punto de vista procesal, y es que, cuando no existe contradicción se produce claramente indefensión, que no es otra cosa que la negación de la tutela judicial efectiva<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido: *Nuevas fórmulas para la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Revista Iuris, núm. 56, Diciembre 2001.

<sup>304</sup> “En el marco de la reforma del enjuiciamiento criminal, y de instituciones claves en ella --la prisión provisional, los recursos o la instrucción---, se postula un nuevo modelo o sistema procesal penal que asciende de rango al principio de contradicción para erigirlo en el núcleo de lo que se denomina «modelo contradictorio» a inspirar la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (13). En ese nuevo enfoque, las tres grandes funciones, instruir, acusar y juzgar, deben atribuirse a órganos diferenciados, llevando la contradicción y los derechos de los partícipes en el proceso al conjunto de las actuaciones procesales, haciendo el proceso transparente y respetuoso con los derechos de defensa, especialmente al permitir el ejercicio de la contradicción en la fase instructoria, configurando un proceso en el que la igualdad de armas no sólo sea retórica sino que conduzca a una igualdad efectiva, «que procure la base fáctica de la defensa y evite que el combate esté anticipadamente trucado» (14).” De URBANO CASTRILLO, Eduardo: *El principio de contradicción en el proceso penal*, Diario La Ley nº 5474, Lunes, 4 de Febrero de 2002.

<sup>305</sup> Por ello afirma RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ que “en todo proceso debe respetarse el principio de contradicción y defensa de las partes contendientes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses. En caso contrario, se produce indefensión. Por tanto, «para que exista indefensión es preciso que se haya producido para el interesado una imposibilidad de alegar y defenderse y, defender sus derechos en el proceso, que constituya algo más que un defecto puramente formal, para alcanzar a ser un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa» (TS 2ª, Sent. 19 dic 1995)”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Derechos Fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Nociones básicas y jurisprudencia esencial*, Granada, 2000, pág. 34.

Incide también en la instrucción penal el derecho a la defensa y asistencia letrada, dado que es precisamente desde el inicio del procedimiento cuando el inculcado debe tener esta asistencia, siendo obligación del propio instructor de asegurarse de que el inculcado cuenta con la defensa necesaria, siendo indiferente que las diligencias se practiquen por un Fiscal o por un Juez.

En este punto debemos llamar la atención de lo poco acorde con este derecho que resultaba el art. 520.6 c) de la LECRIM, pues manifestaba que la asistencia del Abogado consistiría en “entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido”. Pues bien, ¿qué lógica subyacía en el mencionado artículo si no es otra que la puramente inquisitiva, en la que el papel de la defensa era meramente pasivo? A nuestro modo de ver no podía aceptarse como respetuoso con el derecho de defensa el mencionado artículo, precisamente porque impedía que desde el mismo momento que el inculcado o detenido tuviera conocimiento de que existían cargos contra él pueda recibir asesoramiento legal que le permita una correcta defensa.

Con este planteamiento se llegó a formular Consulta a la Fiscalía General del Estado (número 4 de 20 de Mayo de 1985), en la que para salvar la dudosa constitucionalidad del art. 520.6 c) se entendió que “el acta en que se recoja la manifestación del detenido de no querer declarar debe considerarse como diligencia practicada, por lo que inmediatamente después de ella puede entrevistarse reservadamente con el Letrado designado o nombrado de oficio”.



Entendemos que, si bien este planteamiento intermedio diluía la cuestión (dado que en la práctica la mayor parte de las declaraciones se realizaban ante el Juez), pues se permitía así que el abogado pudiera hablar con el detenido, lo cierto es que no dejaba de ser una forma sutil de no decir la verdad que no es otra que tal artículo en modo alguno era compatible con el modelo constitucional que ampara el derecho defensa.

La importancia del derecho de defensa durante la instrucción radica precisamente en que durante esta fase es cuando se debe comunicar la imputación del delito, y es desde ese momento cuando se debe tener derecho a la defensa letrada, lo que conlleva la posibilidad de instar la práctica de diligencias que puedan permitir una correcta defensa. Así, con independencia de quien instruya, lo cierto es que no se debe privar al sujeto (detenido o imputado) ni de la asistencia letrada desde el mismo momento de la imputación del delito, ni del derecho a instar la práctica de aquellas diligencias que pueda interesar la defensa.

Afortunadamente, parecía que la intención del legislador era la de superar ya por fin esta absurda limitación al derecho de defensa, pues el Anteproyecto de LECRIM aprobado por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011, en su art. 33.1.d) recogió el derecho a “entrevistarse reservadamente con su abogado antes y después de cualquier declaración, incluida la que se preste en sede policial”. Igualmente el art. 173.4 a) del citado Anteproyecto decía que la asistencia del abogado en caso de detención consistiría en “*entrevistarse reservadamente con el detenido antes y al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido, para prestarle el asesoramiento que proceda*”. Pues bien, finalmente la reforma de la LECRIM operada por la *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*

*para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, ha venido, por fin, a solucionar este asunto de una manera lógica y aceptando las reiteradas solicitudes de cambio que en este sentido planteaba la Abogacía Española.

Así, la nueva redacción del art. 520 de la LECRIM ha venido a reconocer que la asistencia del abogado consistirá entre otras cosas en la posibilidad de “entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 527”. Todo un avance si tenemos en cuenta de dónde partíamos.

Y pudiera parecer de escasa importancia tal modificación legislativa, pero su importancia es absoluta, primero, porque hace verdaderamente efectivo el derecho de defensa desde la primera declaración policial, y segundo porque de esta forma el derecho de defensa empieza a tener reconocimiento antes de cualquier actuación judicial, evidenciando que con independencia de quien instruya, lo verdaderamente necesario de cara al ejercicio del derecho de defensa es que la asistencia letrada se preste desde antes de la primera declaración, que como no puede ser de otro modo, debería realizarse después de que el letrado tuviera acceso al atestado policial o al expediente judicial.

Antes de la entrada en vigor de la citada norma se llegaba al absurdo de que el letrado en sede policial tenía que *aconsejar* (sin hablar directamente con el detenido) que no declarase, para así tener la oportunidad de entrevistarse reservadamente con el detenido y poder valorar la mejor declaración de cara a su mejor defensa. Si no era necesario hacer esto cuando se trataba de un mero imputado que era citado a declarar

por primera vez sin haber estado detenido ¿por qué se limitaba la defensa hasta este extremo al detenido, que por su propia situación personal de privación de libertad debería tener garantizado con más énfasis el derecho de defensa?

Es también importante mencionar que la propia Unión Europea se ha pronunciado al respecto en la *Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad*<sup>306</sup>. En la misma se deja bien claro que el sospechoso o

---

<sup>306</sup> **Artículo 3 Derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales**

**1.** Los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva.

**2.** El sospechoso o acusado tendrá derecho a ser asistido por un letrado sin demora injustificada. En cualquier caso, el sospechoso o acusado tendrá derecho a ser asistido por un letrado a partir del momento que antes se produzca de entre los que se indican a continuación:

**a)** antes de que el sospechoso o acusado sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales;

**b)** en el momento en que las autoridades de instrucción u otras autoridades competentes realicen una actuación de investigación o de obtención de pruebas con arreglo al apartado 3, letra c);

**c)** sin demora injustificada tras la privación de libertad;

**d)** con la suficiente antelación antes de que el sospechoso o acusado citado a personarse ante el tribunal competente en materia penal se presente ante dicho tribunal.

**3.** El derecho a la asistencia de letrado implicará lo siguiente:

**a)** los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, inclusive con

acusado debe tener el derecho a entrevistarse con el letrado incluso antes de ser interrogado por la policía. Pues bien este tipo de garantías deben quedar

---

*anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales;*

*b) los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho a que su letrado esté presente e intervenga de manera efectiva cuando lo interroguen. Esta intervención será acorde con los procedimientos previstos por la normativa nacional, a condición de que tales procedimientos no menoscaben el ejercicio efectivo ni el contenido esencial del derecho de que se trate. Cuando un abogado intervenga Durante un interrogatorio, se hará constar así de conformidad con los procedimientos pertinentes de la normativa nacional;*

*c) los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho al menos a que su letrado esté presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto:*

*i) ruedas de reconocimiento,*

*ii) careos,*

*iii) reconstrucciones de los hechos.*

*4. Los Estados miembros se esforzarán por difundir información general con el fin de facilitar a los sospechosos o acusados la designación de un letrado.*

*No obstante lo dispuesto en la normativa nacional en relación con la presencia obligatoria de un letrado, los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para garantizar que los sospechosos o acusados a los que se haya privado de libertad estén en condiciones de ejercer efectivamente su derecho a ser asistidos por un letrado, a menos que hayan renunciado a ese derecho de conformidad con el artículo 9.*

*5. En circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente lo dispuesto en el apartado 2, letra c), en caso de que la lejanía geográfica de un sospechoso o acusado imposibilite el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado sin demora injustificada tras la privación de libertad.*

*6. En circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros podrán dejar de aplicar temporalmente los derechos previstos en el apartado 3 en la medida en que esté justificado, en vista de las circunstancias específicas del caso, sobre la base de alguna o varias de las razones imperiosas siguientes:*

*a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona;*

*b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.*

ya fuera de toda duda y es misión del instructor garantizar este derecho y ello con independencia de quien ejerza ese papel en el proceso penal. Pero es más, dicha Directiva forma parte ahora de la propia LECRIM al haber sido introducida en el art. 118 de la LECRIM por la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*.

### 5.2.2 El derecho a ser informado de la acusación

El derecho a ser informado de la acusación es otro de los incluidos en el art. 24 de la Constitución, y por supuesto de vital importancia en la instrucción al ser al inicio de ésta cuando se hace necesario dar dicha información al imputado. Pensar en quién debe informar del contenido de la acusación no es tan trascendente como el contenido de esa información, por ello, probablemente no tendría trascendencia a efectos prácticos que fuera el Juez o el Fiscal quien informara de la acusación formulada<sup>307</sup>.

En la propia esencia del derecho a ser informado de la acusación está el impedir el proceso inquisitivo pues dando cabida al conocimiento de los hechos que se imputa a una persona se le da oportunidad de defensa desde

---

<sup>307</sup> En palabras del TC “el derecho a ser informado de la acusación, instrumental indispensable para ejercer la propia defensa, es reconocido en el art. 24.2 CE sin señalar las formas y solemnidades con que la información ha de llevarse a cabo, debiendo por consiguiente realizarse ésta de acuerdo con el tipo de proceso y su regulación específica, pero respetando en todo caso el contenido esencial del derecho, consistente en asegurarse el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan (Cfr. TC 1.ª S 141/1986 de 12 Nov., LA LEY, 1987-1, 60, y TC 2.ª S 17/1988 de 16 Feb., LA LEY, 1988-2, 15)”. Sentencia del TC 2.ª de 30/1989 de 7 de Febrero, Ponente: Sra. Begué Cantón.

el inicio del proceso<sup>308</sup>, siendo así que el propio TC reconoce esta exigencia como absolutamente necesaria para evitar un proceso inquisitivo<sup>309</sup>.

Nos encontramos ante un derecho claramente relacionado con el propio principio acusatorio, pues como afirma MORENO CATENA “*lo que impone el principio acusatorio es que el órgano judicial falle sólo sobre los hechos acusados por las partes acusadoras y que, por tanto, exista correlación entre la acusación y la sentencia, porque si el órgano judicial fallara sobre hechos distintos de los acusados se violaría, además, un derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 de la CE: no ser condenado sin ser oído, que es una manifestación clarísima del principio de defensa que impone ser informado sobre la acusación formulada contra uno*”<sup>310</sup>. Por tanto, no cabe derecho de defensa sin una información previa de la acusación, pues para que alguien pueda ser sometido a juicio y llegar a ser condenado se hace necesario que desde el primer momento tenga la

---

<sup>308</sup> Como apunta RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ “el derecho a ser informado de la acusación, garantizado por el art. 24.2 CE, exige el conocimiento de aquella tanto referida a los hechos que se imputan como a la calificación jurídica penal atribuida a los mismos, facilitado por los acusadores y por los órganos judiciales ante los que el proceso penal se sustancia, radicando su función y esencia en impedir un proceso penal inquisitivo, que se compadece mal con un sistema de derechos fundamentales y de libertades públicas”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: Derechos Fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Nociones básicas y jurisprudencia esencial, Granada, 2000, pág. 40.

<sup>309</sup> “El derecho a ser informado de la acusación, que presupone, obviamente, la existencia de la acusación misma, tiene como contenido un conocimiento de la acusación, facilitado o producido por los acusadores y por los órganos jurisdiccionales ante quienes el proceso se sustancia. Su función esencial radica en impedir un proceso penal inquisitivo, que, si bien pudo existir en otras fases de la historia, se compadece muy mal con la dignidad del hombre, y por ello, con un sistema de derechos fundamentales y de libertades públicas”. Sentencia del TC 1ª de 12 Noviembre de 1986, Ponente: Sr. Díez-Picazo y Ponce de León.

<sup>310</sup> MORENO CATENA, Víctor: *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 2003, pág. 283.

certeza de los hechos que se le imputan, es una premisa también del sistema acusatorio.

Por otro lado, este derecho a ser informado implica el derecho de quien no conoce la lengua a tener cabal conocimiento de lo que se le imputa mediante la existencia de un intérprete, lo cual no deja de ser complicado en ocasiones, pues no siempre se encuentra interpretes en los Juzgados de instrucción con las debidas garantías y con la rapidez necesaria para poder realizar tal función. Así, la necesidad de ser asistido por interprete en aquellos casos en que el acusado no entienda el idioma es parte integrante también del propio derecho de defensa y se incluye explícitamente en el art. 14.3.f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>311</sup>. Por otro lado, la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales también se pronuncia sobre este tema. De hecho, en el art. 1.2 de la cita Directiva<sup>312</sup> se impone esta obligación desde el mismo momento en que se ponga en conocimiento de cualquier persona que es objeto de investigación penal, lo que en realidad y en la práctica lo que

---

<sup>311</sup> En este sentido manifiesta la Sentencia del TC 5/1984 de 24 de Enero “que el derecho a la defensa comprende el derecho de toda persona acusada a ser asistida por un intérprete cuando no comprenda o no pueda expresarse fluidamente en el idioma utilizado en el Tribunal -tal como resulta de la interpretación del artículo 24 de la Constitución, de conformidad con el artículo 14.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el artículo 6.3 del convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales; derecho, por otra parte, que ya aparece recogido en los artículos 398, 440, 441 y 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

<sup>312</sup> Art. 1.2. “Este derecho se aplicará a cualquier persona a partir del momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro pongan en su conocimiento, mediante notificación oficial o de otro modo, que es sospechosa o está acusada de haber cometido una infracción penal y hasta la conclusión del proceso, entendido como la resolución definitiva de la cuestión de si el sospechoso o acusado ha cometido o no la infracción, incluida, en su caso, la sentencia y la resolución de cualquier recurso que se haya presentado”.

viene es a adelantar el derecho a intérprete al el mismo momento de la detención, pues si el derecho a ser informado surge desde el momento de la detención, es evidente que tal derecho quedaría sin contenido, si por el idioma se hace incompresible a la persona detenida. El derecho a ser informado de la acusación formulada es pues esencial para que el acusado pueda preparar su defensa (SSTC 44/1983 y 179/1990), y por tanto la ausencia de este derecho provocaría una clara indefensión del sujeto, quien debe conocer los hechos que se le imputan y la calificación jurídica de los mismos, por ello es obvio que en el caso de no entender la lengua oficial, el imputado tiene derecho a la efectividad de ese derecho a la información a través de un intérprete que lógicamente debe proporcionar, no ya sólo el Juzgado, sino incluso la propia policía en sus actuaciones iniciales.

Otra cuestión importante también en lo que a este derecho a ser informado de la acusación, y conectado con el propio derecho de defensa, es el derecho a acceder a los atestados policiales. Es una *lucha* antigua de la abogacía la de exigir que se permitiera a los abogados acceder a los atestados policiales en comisaría, de tal forma que la información al acusado no sea un acto meramente formal, sino una primera toma de contacto del abogado defensor con la base sobre la que se sustenta la detención. Así, y este sentido, existe ya una norma aplicable en el Estado español como es la Directiva UE 2012/13<sup>313</sup>, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Lo interesante de esta directiva, es que permite a los abogados conocer el contenido de fondo de la detención de una persona –es decir, el atestado policial– antes de que la causa llegue al

---

<sup>313</sup> Directiva 2012/13/UE del parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DOUE L 142, de 1 de junio)



juzgado de instrucción<sup>314</sup>. Obviamente, y como suele ser habitual en cada cambio normativo que afecte a distintos colectivos profesionales, de momento es escasa la aplicación de la misma por cuanto la policía es muy reacia, no ya a facilitar copia del atestado al abogado defensor del detenido, sino ni tan siquiera permitirle en sede policial su mera lectura y ello pese a la importancia que tiene el acceso a los documentos para un correcto ejercicio del derecho de defensa<sup>315</sup>. Por tanto, nos encontramos ante un derecho absolutamente necesario en la fase de instrucción, e incluso previo a la incoación del propio procedimiento penal dado que su vigencia se predica incluso en caso de mera detención policial.

### 5.2.3 El derecho a un proceso público con todas las garantías

Como afirma el TS “el derecho a un proceso con todas las garantías comporta fundamentalmente el pleno respeto de los derechos y garantías enumerados en el art. 24 CE y, en general, comprende el derecho a un Juez imparcial, al principio acusatorio, a los principios de audiencia y contradicción, al de igualdad de las partes, el derecho a la prueba y a las pertinentes garantías en su práctica, etc.”<sup>316</sup> Parece no cuestionarse la

---

<sup>314</sup> Artículo 7 de la citada Directiva. Derecho de acceso a los materiales del expediente.—  
1. Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad.

<sup>315</sup> Como afirma RAMOS MÉNDEZ “este derecho debe producirse desde el mismo momento de iniciación del juicio y durante todas sus fases o eventualidades. Por lo tanto, es un derecho que debe observarse incluso antes del momento en que formalmente se realiza la acusación, ya bien avanzado el juicio penal”. RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El sistema procesal español*. Barcelona, 1999.

<sup>316</sup> Sentencia del TS 2.ª de 21 Diciembre de 1995, Ponente: Sr. Puerta Luis.

vigencia y necesidad de dichos derechos durante el juicio oral, pero si trasladamos los mismos derechos a la fase de instrucción pueden surgir disfunciones, originadas quizá por la difícil articulación que en el sistema acusatorio tiene la figura del Juez instructor, por cuanto adquiere un papel determinante en la instrucción que dificulta la salvaguarda de estos derechos. Pensemos por ejemplo en principios como el de audiencia y contradicción, son principios que requieren la figura de un juez ajeno al debate partidista e imparcial, lo cual desde luego es deseable pero difícil en un modelo como el actual.

El derecho a un juez imparcial, de tan amplio calado y trascendencia internacional supone que cualquier persona tenga el derecho a ser juzgado por un juez independiente, pues “el órgano jurisdiccional que ha de juzgar está únicamente condicionado y subordinado a la voluntad de la Ley, y debe resolver sobre el fondo de la cuestión debatida al margen de toda consideración de preferencia personal o de interés propio, porque su función se poya precisamente en la posición suprapartes que ostenta”.<sup>317</sup>

La necesidad de que la instrucción y el juicio oral estén encomendados a órganos distintos constituye la base de la imparcialidad necesaria para el buen fin de la justicia. A partir de aquí, el juez que instruye no puede abstraerse de su propio conocimiento de la causa para poder ser imparcial, por tanto su compromiso con la investigación le lleva precisamente a quedar desvirtuado como juzgador. Esto es una garantía fundamental que de un modo u otro debe mantenerse.

---

<sup>317</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Comunicación. La imparcialidad objetiva o la denominada “contaminación procesal” (el derecho a un juez no prevenido)*, Cuaderno de Derecho Judicial, “Jurisdicción y competencia penal, CGPJ, Madrid, 1996, pág. 368.

La Sentencia del TC n° 145/1988 de 12 de Julio vino a establecer la importancia de que con independencia del sistema procesal penal que adopte el legislador, la garantía del juez imparcial debe quedar garantizada, de forma que éste no sólo debe ser imparcial, sino que como dice el TEDH debe “*aparentar*” que lo es. Así, se hace necesario que el instructor no juzgue, y ello porque su actividad instructora puede llevar a su ánimo un prejuicio incompatible con la recta administración de justicia. No es investigar lo que perjudica la imparcialidad del juez, sino el prejuicio al que queda vinculado, cuando debe adoptar decisiones que impliquen intelectualmente valoraciones de las conductas de los imputados, tales como decisiones sobre la situación personal de éste.

Con base en este criterio, pensamos que desde este punto de vista tampoco se vería afectada la imparcialidad si la investigación penal recayera en manos del Ministerio Fiscal, y ello porque su actividad acusadora, nunca supondría o debería suponer una toma de decisiones instructoras, sino que como garantía debería limitarse estrictamente a lo que es la investigación, bajo la supervisión del Juez, quien sería el que decidiría sobre cuestiones que afecten a derechos fundamentales, como cualquier otra de similar importancia durante la instrucción.

Plantea De la OLIVA<sup>318</sup> como efecto indeseable de la reforma procesal tendente a otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal que si un Juez debe velar por los derechos fundamentales durante la instrucción, dicho juez tendría dos opciones, o acepta lo que el Ministerio Fiscal le pida, o tendría que realizar juicios de valor sobre los autos al objeto de tomar

---

<sup>318</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988.

aquellas decisiones que pudieran afectar derechos fundamentales. Ambas opciones serían indeseables, la primera por no ser garantista y la segunda porque ni descargaría de trabajo a los jueces y además quedarían vedados como jueces imparciales para juzgar.

Puede que sea cierto, pero todo depende de cómo se establezca el nuevo sistema. Si los jueces de instrucción sólo controlan la instrucción, siempre tendrán más tiempo para dedicar a otros asuntos que el que ahora tienen, y respecto a su pérdida de imparcialidad, es algo inevitable, que de todas formas no se soluciona con el mantenimiento del sistema actual, dada la obligatoriedad de que existan dos órganos jurisdiccionales, uno que instruya y otro que juzgue.

En relación con la imparcialidad argumenta De la OLIVA<sup>319</sup> que el Fiscal queda en riesgo de perderla por ser el que directamente instruya o investigue, y llegue al juicio oral “*condicionado*” o con prejuicios. Pero esa imparcialidad que se preconiza para el Juez no es de igual calado que la exigida por el art. 124.2 CE respecto al Ministerio Fiscal, así puede ser que la imparcialidad de éste esté conectada más a la independencia respecto al Ejecutivo que debe ser base de su actuación, que con lo que la imparcialidad tiene de contenido jurisdiccional por la necesidad de que el juez que juzga sea imparcial, y no esté vinculado o condicionado por quien previamente ha instruido. Si el Ministerio Fiscal es la parte que acusa, no parece *peligroso* que pierda su imparcialidad, y ello porque la actuación del Fiscal realmente va encaminada a la acusación, y siempre tendremos la garantía de su vinculación al principio de legalidad que le obliga a sostener esa acusación cuando realmente existan bases suficientes.

---

<sup>319</sup> *Idem.*

Así, pensamos que la imparcialidad del Ministerio Fiscal debe ponerse en relación con el principio de unidad de actuación, siendo precisamente por la unidad orgánica e institucional del Ministerio Fiscal, por lo que sus miembros concretos deben ser imparciales, no en el mismo sentido que la imparcialidad judicial, sino en el sentido de que su actuación no esté vinculada por condicionamientos de tipo personal que cada miembro del Ministerio Fiscal pueda tener en un caso concreto, y ello porque como apunta De la OLIVA “No hay más que un MF”.<sup>320</sup>

Continúa el citado autor matizando que la fase instructora es de carácter jurisdiccional, y por ello “el juez no puede desentenderse de la investigación, aunque no sea él quien la lleve a cabo, porque debe conocer sus detalles para decidir si el proceso procede, es decir, si se sigue adelante, o para decidir, nuevos actos de investigación: intervenir correspondencia y teléfonos o conceder orden de entrada y registro”.<sup>321</sup> Del todo acertado resulta el planteamiento que antecede dado que la figura del Juez nunca podrá estar desvinculada de la instrucción dentro de nuestro sistema constitucional.

Como ya anunciábamos en párrafos precedentes el derecho un proceso público con todas las garantías comporta el sometimiento al principio acusatorio. Dicho principio, de calado constitucional, constituye un pilar básico en el enjuiciamiento penal, por cuanto supone en suma que el “proceso no puede iniciarse sin el previo ejercicio de la acción por un

---

<sup>320</sup> *Idem*, pág. 92.

<sup>321</sup> *Idem*, pág. 95.

sujeto diferente del Juez (Nemo iudex sine actore)<sup>322</sup>. Pues bien centrémonos en su estudio.

Desde 1.882 el legislador de nuestra LECRIM ya reconocía la necesidad de introducir el sistema acusatorio en el sumario, basándose en la importancia que el respeto a las garantías procesales tenía de cara a la protección de las personas frente a la maquinaria judicial, la cual había venido siendo eminentemente inquisitiva. Con ello también se pretendía un acercamiento a los sistemas procesales de los países de nuestro entorno, en los que el sistema acusatorio era presentado como más garante y acorde con las ideas liberales.

No obstante, consideró el legislador decimonónico que dado el cambio brusco que suponía la implantación sin más del sistema acusatorio en nuestro proceso, sería menos traumático el mantener durante la instrucción los caracteres del sistema inquisitivo, llegándose a lo que la doctrina ha venido en llamar sistema acusatorio formal o mixto. Así, la Exposición de Motivos de la LECRIM decía que “suponiendo que algún día el legislador, echándose en brazos de la lógica, llegase hasta este último límite del sistema acusatorio, el Gobierno de V.M. ha creído que la transición era demasiado brusca para este país, en el que los Jueces han sido hasta ahora omnipotentes, persiguiendo los delitos por su propia y espontánea iniciativa...”

Vemos ya una clara intención de abandonar definitivamente el sistema inquisitivo, aunque la prudencia aconsejara su mantenimiento al menos en parte, esto es, durante la instrucción. Esta tendencia se ha venido

---

<sup>322</sup> ARMENTA DEU, Teresa: *Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)*, La Reforma de la Justicia Penal, Col·lecció “Estudis jurídics”, nº 2, Castellón de la Plaza, 1997.

manteniendo desde entonces en las sucesivas reformas legales, las cuales han venido introduciendo cada vez más notas del principio acusatorio en la instrucción, llegando incluso a ceder completamente la investigación criminal en delitos cometido por menores a la iniciativa del Ministerio Fiscal. Pero lo cierto es que tales modificaciones sucesivas, lejos de aportar mejoras al sistema fueron introduciendo un caos normativo, que ni ha colaborado en la mejora de las garantías procesales, ni ha supuesto verdaderamente un cambio en el enfoque general del propio sistema acusatorio formal.

Por otra parte, nuestra Constitución en su art. 24.2 perfila un sistema de garantías procesales, que aunque no menciona expresamente al principio o al sistema acusatorio, lo cierto es que queda incluido en el derecho a un proceso público con todas las garantías, lo que viene a suponer una interpretación basada en dos cuestiones, primero la necesidad de que exista una acusación y segundo que quien sostenga la acusación sea un órgano distinto del que venga a juzgar. A partir de aquí podemos configurar un sistema en el que el respeto a tales fundamentos esté siempre garantizado.

Pero claro, el sistema acusatorio dejaba en manos de los ciudadanos la iniciativa de persecución de los delitos, lo cual claramente choca con la necesidad de salvaguarda del interés público que corresponde al Estado. Así, la oficialidad, en el sentido de en el proceso “los actos de que se componen y su objeto, no están subordinados al poder de disposición de sujetos jurídicos particulares, sino que depende de la actuación de órganos públicos”<sup>323</sup>, parece contraria al propio sistema acusatorio, aunque desde un

---

<sup>323</sup> BERZOSA, Victoria, *Principios del proceso*, Justicia 92, 1992 núm. III, pág. 578.

punto de vista constitucional, está plenamente justificada la oficialidad de la acción penal<sup>324</sup>.

La mera “*notitia criminis*” impone al juez la obligación legal de iniciar el procedimiento judicial, con la práctica de las diligencias pertinentes, por lo que no está en manos de los particulares la continuación o no del proceso (salvo en contados casos de delitos privados), aunque ello no es óbice para entender verdaderamente vigente el sistema acusatorio, el cual continúa por el mantenimiento de la acusación por órgano o persona distinta de la que juzga. Son dos enfoques distintos que no se solapan.

Pero antes de continuar conviene realizar algunas precisiones en torno a este principio que tan socorridamente ha sido utilizado para justificar anteriores y recientes y previsiblemente futuras reformas procesales. Se viene argumentando, y de hecho incluso así se suelen expresar en las exposiciones de motivos de las normas procesales que el incremento de funciones del Ministerio Fiscal se ampara en un deseo de fomentar el principio acusatorio, no obstante, tal incremento de funciones lo que supone un mayor peso del principio de oficialidad en la instrucción<sup>325</sup>.

---

<sup>324</sup> Pues en palabras de ARMENTA DEU “la tutela del interés público unido a la responsabilidad del Gobierno por la política interior y, dentro de la misma, la política criminal (art. 97 CE en relación con el 124 CE) puede configurar la incontestable justificación de la oficialidad de la acción penal, como quiebra razonable y razonada, paliada en algunos países por el reconocimiento de la acción popular y de la acción privada”. ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, 1995, pág 43.

<sup>325</sup> Como afirma ARMENTA DEU, “es precisamente como consecuencia de esta confusión por lo que se suele fundamentar en el repetido principio (se refiere al principio acusatorio) todo incremento de las funciones del Ministerio fiscal en la fase investigadora o de instrucción o, yendo un paso más allá, atribuyéndole exclusivamente esta etapa del juicio, medidas que, si bien se piensa, no corresponden a una correcta intelección del acusatorio sino a potenciar la oficialidad, como corrobora por otro lado, el hecho de que, en el primer caso, al aumentar las funciones del



Pues bien, el principio acusatorio podría definirse de forma aproximativa como “*aquel por el que no puede abrirse la fase del juicio oral, si al menos una de las partes acusadoras no mantiene el ejercicio de la acción penal*”<sup>326</sup>, de donde podemos mantener que la esencia de tal principio viene precisamente determinada por la necesidad de que alguien mantenga la acusación en juicio<sup>327</sup>.

Resulta acertado plantear la relación del principio acusatorio con la imparcialidad de los jueces, pues es precisamente esa desvinculación del juzgador con la acusación lo que permite un grado de independencia tal, que permita no sólo hacer Justicia, sino que además dé apariencia de que se está haciendo Justicia.

Pero, ¿cómo influye el principio acusatorio durante la instrucción? Es bien sabido que en nuestra fase instructora o sumario impera el principio

---

MF, no se incrementen paralelamente las facultades o intervenciones de las otras partes acusadoras, y en lo relativo a la instrucción no se alcance, desde esta concreta perspectiva, un objetivo que no estuviese ya garantizado por el juez instructor, siempre y cuando se preserve plenamente la repetida escisión entre funciones acusadora y enjuiciadora”. ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)*, La reforma de la Justicia penal, Col·lecció “Estudi jurídics” núm. 2, 1997, Castellón de la Plana, pág. 316.

<sup>326</sup> DEL ARCO TORRES, Miguel Angel y otros, *Diccionario Básico Jurídico*, Granada, 1989.

<sup>327</sup> Y así, en palabras de VÁZQUEZ SOTELO, “el principio acusatorio correctamente entendido salvaguarda la imparcialidad del Tribunal así como el pleno ejercicio de sus poderes jurisdiccionales, que no deben quedar a merced de las actuaciones incluso interesadas o caprichosas de las acusaciones, una vez abierto el juicio y resonando el «strepitus fori». Impide, con ello, una improcedente y peligrosa privatización del proceso penal el cual nunca debe dejarse a la disposición de nadie, por la gravedad y trascendencia de los intereses afectados” VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *El Principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, pág. 104. Revista Jurídica de Cataluña.

inquisitivo, entre otros motivos por reminiscencias del pasado histórico, y aunque tal principio ha sido objeto de un gran descrédito por parte de la doctrina, no podemos olvidar que el sistema actual de un modo u otro viene respetando los principios inspiradores de nuestro sistema constitucional, dada su calificación de acusatorio formal y no como inquisitivo, sistema éste poco respetuoso con los derechos fundamentales y que se “caracteriza por el secreto del sumario, la escritura, la delegación de funciones, pruebas legales, la confesión obtenida por cualquier medio, aun el tormento;...”<sup>328</sup>

Evidentemente tales notas no son predicables para el sistema acusatorio formal, en el que las garantías constitucionales y el respeto a los derechos humanos está garantizado. Ello, no impide, no obstante, formular objeciones y críticas al sistema, dado que no es perfecto y sí es susceptible de claras mejoras. Así pues, y dado que, como viene afirmando el TC, el principio acusatorio forma parte de las garantías contenidas en el art. 24 de la CE, porque nadie puede ser condenado sin que previamente se haya formulado una acusación que garantice el ejercicio del derecho de defensa<sup>329</sup>, resulta evidente que tal principio influye necesariamente en la fase instructora.

La iniciación del proceso penal en nuestro sistema viene ante todo condicionada por la *notitia criminis*, que constituye la voz de alarma necesaria para la incoación de las correspondientes diligencias. Tal noticia puede tener un origen determinado o incierto, por lo que propiamente no existe ejercicio de acusación que haga pensar que el inicio del proceso venga condicionado por el principio acusatorio. Desde luego, no es la denuncia ejercicio acción penal, ni se va a paralizar la investigación por

---

<sup>328</sup> FRANK, Jorge Leonardo, *Sistema Acusatorio y Juicio oral*, Buenos Aires, 1986, pág. 22.

<sup>329</sup> Sentencia del TC 32/1994.

inactividad del Ministerio Fiscal. Mientras el Juez instructor continúe la investigación no se hará necesario la intervención de otras partes que no sea el propio imputado.

De igual modo, y aunque la querella supone ejercicio de la acción penal y su presentación no implica necesariamente su admisión, lo cierto es que si el Juez instructor tiene conocimiento de ese hecho delictivo al que hace referencia la querella, puede de oficio iniciar la investigación aún en el caso de no ser admitida la querella. Ello, evidencia la no vigencia del principio acusatorio en este momento del proceso penal<sup>330</sup>.

Por ello, podemos decir que durante la instrucción es dónde queda patente la existencia de manifestaciones del sistema inquisitivo, pues como apunta BERZOSA, “aunque exista denuncia o querella del ofendido, del Ministerio Fiscal o de cualquier ciudadano, el órgano jurisdiccional no está vinculado por sus peticiones, pudiendo y debiendo realizar todas las diligencias que estime convenientes para la averiguación del hecho delictivo y de la responsabilidad de su autor (arts. 299, 311, 312 y 315 de la LECrim.”<sup>331</sup>.

Quizá también debiéramos preguntarnos si el principio “*nemo iudex sine actore*” es aplicable sin más a la instrucción penal, porque si fuera necesaria esa actuación inicial de una parte procesal ajena al Juez de instrucción para dar inicio a la instrucción, si bien el principio acusatorio quedaría perfectamente incardinado en la instrucción, sí que es verdad que se estaría privando al Juez de la opción de incoar diligencias con la mera

---

<sup>330</sup> VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *El Principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, pág. 387. Revista Jurídica de Cataluña.

<sup>331</sup> BERZOSA FRANCO, Victoria, *Principios del proceso*, Justicia 92, 1992, núm. III, pág. 588.

“notitia criminis”, lo cual evidentemente supone un gran cambio de concepción. La solución basada en una investigación en manos del Fiscal por un lado permite un claro predominio del sistema acusatorio en esta fase, pero también precisa de un modo de impugnación ante un órgano jurisdiccional de aquellas decisiones que en sede de investigación adopte el Fiscal, y es que no basta creer en la confianza del sometimiento del Fiscal a los principios de legalidad e imparcialidad para salvar este escollo. Se hace necesario en esta fase también un control jurisdiccional. Este planteamiento fue adoptado por el Anteproyecto de LECRIM<sup>332</sup> y ha sido también recogido en el último borrador del Código Procesal Penal. No obstante, existe una diferencia clara, en el primero las partes pueden acudir al Juez de garantías a impugnar la decisión del Fiscal, pero en el segundo se ha configurado un sistema en el que el Ministerio Fiscal asume la decisión de iniciación de una investigación penal, pero debiendo solicitar la inscripción de la causa en el Tribunal de Garantías, que en suma es quien toma finalmente la decisión de incoar<sup>333</sup>. De un modo u otro, lo cierto es que la intervención jurisdiccional es absolutamente necesaria en este punto.

Pues bien, en la legislación vigente hasta la incoación de las diligencias o sumario, poco o nada hay del principio acusatorio, lo único quizá es la posibilidad que en todo caso sigue teniendo el ministerio Fiscal de interesarse por un determinado procedimiento con el objeto de instar al Juez, que la investigación vaya en un determinado sentido.

Aunque la investigación está en manos del Juez instructor, la actividad de las partes acusadoras (Ministerio Fiscal, acusadores particulares,...) son las que pueden impulsar la investigación en un

---

<sup>332</sup> Art. 459 del Anteproyecto de la LECRIM.

<sup>333</sup> Arts. 245 y ss. Borrador de Código Procesal Penal

determinado sentido, lo que supone la introducción de la acusación en esta fase. Pensemos que normalmente el Ministerio Fiscal, cuando la investigación lo merece por su complejidad o por su interés o alarma social, sí participa activamente en la investigación, aunque lo cierto es que en la mayoría de los procedimientos penales (nos referimos a la criminalidad de bagatela) la intervención del Ministerio Fiscal es meramente testimonial, limitándose a formular la acusación en su escrito de calificación e interviniendo en el juicio oral, sin que su participación haya influido durante la instrucción. De hecho, normalmente están tan sumamente colapsados los Juzgados, que la instrucción judicial se limita a acumular las declaraciones de imputados y testigos, sin que verdaderamente exista una investigación ordenada, seguida y estudiada por el Juez instructor; de ahí precisamente la importancia de que los Fiscales actúen cuando es verdaderamente necesario, dando impulso a la investigación e instando la práctica de aquellas diligencias que pueden ser necesarias para que el Juicio oral se averigüe la verdad de los hechos enjuiciados.

Así, durante la instrucción, existe quizá un momento en el que el Ministerio Fiscal interviene de forma clara, si bien su actuación a nuestro modo de ver no deja de ser un mero formalismo. Nos referimos a la reforma que introdujo la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, que en su disposición final segunda vino a incorporar un nuevo art. 504 bis 2 en la LECRIM. Se instauró la llamada vista previa que se realiza con anterioridad a acordarse por el Juez Instructor la prisión preventiva. En este punto, es claro que se ha pretendido introducir el principio acusatorio en este momento tan importante de la fase instructora. Se pretendía con ello, que la decisión del Juez, mediatizada ya por ser quien investiga, y lejos por supuesto de la imparcialidad propia del juzgador, tuviera el sustento de una acusación formulada por una persona distinta, esto es, el Ministerio Fiscal.

Pero ¿cuál ha sido el verdadero resultado? Lamentablemente y como no podía ser de otro modo, dado lo ingenua que tal reforma resultaba, los resultados en modo alguno han mejorado el sistema para acordar la prisión preventiva.

Lo cierto es que cuando el Juez considera necesario, en virtud de lo que viene investigando en el sumario, acordar una medida privativa de libertad, se limita a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual, ajeno normalmente a la investigación, se limita a formular una petición de prisión de acuerdo con el Juez instructor. ¿Qué virtualidad tiene entonces esta llamada “*vistilla*”? Desde nuestro punto de vista, ninguna. A no ser que lo que realmente se pretenda es retrasar aún más la anquilosada maquinaria judicial.

Así cuando el Juez convoca a las partes (defensa y Ministerio Fiscal) a la comparecencia previa al auto de prisión, ya ha realizado una valoración previa que le lleva a convocarla, pues de lo contrario ya habría acordado la libertad. Esto supone que de antemano el MF ya sabe que el Juez es partidario de la prisión (aun en el hipotético caso de que ni tan siquiera comenten el asunto), lo cual sin duda condiciona su voluntad en el sentido de solicitar que se acuerde la medida que el Juez tiene en mente, es como si dos partes acusadoras acordaran de antemano la prisión preventiva.

Por ello, cuando una Circular de la Fiscalía<sup>334</sup> trataba de justificar esta reforma procesal, diciendo que se inspiraba en el principio acusatorio y en el de contradicción, no podemos en modo alguno compartir tal visión ingenua y alejada de la práctica forense y ello por los motivos expuestos.

---

<sup>334</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1995, sobre el nuevo régimen procesal de la prisión preventiva.

Esta reforma ingenua inspirada en principios del todo constitucionales y garantistas no puede obviar la realidad, la falta de medios del Ministerio Fiscal, y sobre todo la “práctica viciada” que ha convertido la vista que venimos comentando en un verdadero teatrillo<sup>335</sup>. Es más, lo normal es que si el Juez acuerda celebrar comparecencia es porque considera conveniente acordar la prisión, lo cual es comunicado al Fiscal, quien normalmente acepta el criterio del Juez, entre otras cosas porque es éste el que instruye, y el que conoce la investigación.

Obviamente, y como venimos exponiendo, no existe imparcialidad alguna en la decisión del Juez que acuerda la prisión preventiva, y ello pese al infructuoso intento del legislador de introducir una apariencia de pre-judicio antes de acordar una medida tan sumamente restrictiva de derechos como es la prisión.

Pues bien, no es desacertado pensar que durante la instrucción la vigencia del principio acusatorio, es más que discutible, pues la persecución de oficio de los delitos relativiza mucho el contenido del citado principio. Indudablemente no tratamos de decir con ello que la introducción del citado principio vaya a suponer una mejora cualitativa en la justicia penal, pero desde luego no es de recibo que nos “vendan” adaptaciones legislativas para otorgar vigencia a tal principio durante la instrucción como un símbolo de respeto a los derechos fundamentales, cuando la realidad es bien distinta.

---

<sup>335</sup> Como manifiesta MARTÍNEZ PARDO en relación al tema, “en todo caso, lo normal es que el Juez y el Fiscal se pongan de acuerdo sobre aquellos casos en que procede la celebración o no de la comparecencia según las peticiones que éste último vaya a formular”. MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, *La prisión provisional. Régimen jurídico*, Revista Internauta de Práctica Jurídica, nº 7, Enero-Junio 2.000.

Por lo que respecta a la aportación de material de hecho durante la instrucción es claro que corresponde al Juez de instrucción a través de los actos de investigación, y aunque las partes puedan instar la práctica de ciertos actos, el Juez no está sujeto a su práctica si no lo estima necesario. La práctica forense nos demuestra que normalmente cuando se hace necesario un determinado acto de investigación tendente a la inculpación del imputado, suele ser el Fiscal quien lo inste, y normalmente es admitido por el Juez, ocurriendo precisamente lo contrario cuando es la defensa del imputado o los restantes acusadores, los que instan un determinado acto de investigación. Ello ocurre así porque ciertamente es mucha la conexión entre Fiscal y Juez instructor, que en cierto modo homologan conductas tendentes a la inculpación.

A partir de aquí, si planteamos en este punto una instrucción en manos exclusivas del Fiscal, no parece que cambie mucho, pero lo que está claro es que se cerraría la puerta a la práctica de actos de investigación instados por la defensa, con la consiguiente merma de garantías constitucionales. El único modo de evitar esto sería el que un Juez verdaderamente imparcial y de “garantías” pudiera acordar actos de investigación durante la instrucción si así lo solicitara la defensa o incluso otras partes acusadoras. Y ello, porque no podemos olvidar que el Ministerio Fiscal tendría en sus manos todos los medios (humanos y técnicos) para practicar actos de investigación, y que la defensa se vería privada de éstos o al menos se haría necesario que fuera sufragado económicamente por el imputado. Tal sistema no sólo no sería acorde con nuestro modelo constitucional, sino que nos llevaría a una justicia excesivamente privada, en la que la capacidad económica determinaría demasiado la calidad de la defensa. Afortunadamente parece que el



Anteproyecto de LECRIM ha reconocido esta necesidad de que la defensa pueda interesar la práctica de diligencias.

Desde luego el derecho de defensa debe quedar siempre garantizado, en uno u otro sistema, por mandato constitucional, pero si en nuestro sistema actual el Juez tiene obligación, como certeramente apunta ALMAGRO, “de consignar, no sólo las circunstancias adversas, sino también, las favorables al reo”, y ello de tal forma que “las partes personadas pueden colaborar en la instrucción pidiendo la práctica de las diligencias que estimen oportunas, y que deben, en todo caso, acordarse por el Juez si las considera oportunas”<sup>336</sup>, ocurre sin embargo que en la instrucción encomendada al Fiscal, ¿quién nos asegura que éste practicará diligencias que beneficien a la defensa? Pese al principio de imparcialidad que rige la actuación de los Fiscales, no podemos exigirles un desdoblamiento de personalidad que les lleve a investigar para acusar y para defender. De ahí precisamente, que si se plantea esta posibilidad, y en aras siempre de garantizar el derecho de defensa, se haga necesario un sistema que permita a las restantes partes personadas poder instar diligencias de investigación en uno u otro sentido. Cambiar en nuestro sistema, sin más, la figura del Juez Instructor por la del Fiscal, no sólo resultaría un total descalabro, sino que además conculcaría claramente consolidados derechos fundamentales. Sería necesaria una profunda reforma de todo el proceso penal, necesariamente llevada a cabo a través de una nueva LECRIM.

Ya con la Ley que incorporó el procedimiento abreviado en 1988, se comenzó el acercamiento hacia postulados tendentes a reforzar el principio acusatorio en la instrucción, ampliando las competencias del Ministerio

---

<sup>336</sup> ALMAGRO NOSETE, José y otro, *Instituciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1994, pág. 55.

Fiscal. Posteriormente la Ley penal del menor vino a otorgar ya sin tapujos la instrucción al Ministerio Fiscal, quizá como experimento de futuras reformas. Así en esa búsqueda de la verdad material que implica la actividad instructora se pretende siempre determinar si existe acción penal fundamentada que permita una acusación sostenible, y por ello parece en principio lógico ese aumento de competencias al Ministerio Fiscal, máxime si tenemos en cuenta la necesidad de desvinculación entre instructor y juzgador por imperativo constitucional.

El reforzamiento de la postura del Fiscal en la instrucción, debe estar siempre vinculada a un sistema que permita a las restantes partes acusadoras ejercer una labor no sólo como sujeto que ejerce la acción penal, sino también como parte que impida medidas oportunistas alejadas del principio de legalidad que regula la conducta del Ministerio Fiscal. Así, parece imprescindible, que toda reforma que tienda a otorgar la instrucción al Fiscal, no olvide la figura del Juez, porque no sólo debe ser el garante de los derechos fundamentales del imputado, sino que además debe velar porque la instrucción no esté ni mediatizada ni condicionada, y debe permitir su continuación por parte de acusadores particulares, aun en el caso de que el Ministerio Fiscal entienda que no existe delito. De otro modo, nos encontraríamos en un sistema en el que tan sólo el Fiscal puede verdaderamente ejercer la acción penal, pues bastaría una retirada de su acusación para impedir la continuación del proceso, lo cual dejaría a las restantes partes acusadoras fuera de juego.

Precisamente ese predominio de la acusación ejercida por el Ministerio Fiscal respecto a otras acusaciones ha sido objeto de divergencias doctrinales puestas de manifiesto a raíz de los conocidos como casos Botín y Atutxa. El TS vino a configurar con la doctrina Botín y con la

posterior doctrina Atutxa la posición de las restantes partes acusadoras, limitando su posición en el proceso penal. La doctrina Botín permitió exonerar al banquero Emilio Botín de ser juzgado en un caso de cesiones de créditos. El TS estableció que si el Fiscal y la acusación particular no acusan, no puede prosperar el proceso y no cabe abrir juicio oral. No obstante, la matización vino luego en el caso Atutxa que si fue condenado por el TS por un delito de desobediencia a la autoridad judicial por no disolver el grupo parlamentario *Sozialista Abertzaleak*, pues el TS sentenció que la doctrina Botín sólo era aplicable con delitos que dañaran a alguien concreto, pero al tratarse de delito de desobediencia, siendo el bien jurídico protegido los intereses colectivos, sí podía prosperar aunque sólo fuera con la acusación popular. Vemos pues que incluso la jurisprudencia del TS ha tendido a limitar la posición de las partes acusadoras fijando un predominio del Ministerio Fiscal<sup>337</sup>.

Pues bien, continuando con el derecho a un proceso público con todas las garantías, y como ya manifestaba la citada Sentencia TS de 21 de Diciembre de 1995, debemos incluir en él los principios de audiencia y contradicción.

Durante la instrucción o fase de investigación no podemos decir que el principio de audiencia sea un principio inexcusable, puesto que la

---

337 A pesar de todo, lo que debe tenerse claro es que, como afirma ARMENTA DEU, “se ajusta perfectamente al sistema acusatorio un proceso penal en donde la instrucción esté dirigida por el juez, siempre y cuando se garantice plenamente la repetida escisión de funciones acusadora y enjuiciadora. No es cierto, por contra, que la existencia de una instrucción atribuida al fiscal preserve en mayor medida la imparcialidad, y sí, si acaso, ponga en peligro la imparcialidad en ese supuesto del órgano acusador”. ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio y derecho penal, Barcelona, 1995, pág 458.

situación de “rebeldía” durante esta fase no impide la continuación de la instrucción. No obstante, desde el momento en que el imputado se persona en el procedimiento, tiene derecho a ser oído, y no sólo a prestar declaración, sino también a tener acceso a todo el material que conste en autos, de forma que se le permita una eficaz defensa. Por ello este principio se encuadraría dentro del derecho de defensa, como manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías, pero además este principio posibilita el cumplimiento del principio de contradicción.<sup>338</sup>

De ahí precisamente la vinculación entre ambos principios, dado que uno posibilita la práctica del otro. Así a efectos prácticos la garantía de la audiencia se lleva a cabo mediante las oportunas citaciones y notificaciones usando el cauce procesalmente marcado al efecto, pues como dice el TC, el principio de contradicción “*deviene imposible sin el deber judicial previo de garantizar esa audiencia mediante las oportunas notificaciones y citaciones señaladas por la ley procesal*”.<sup>339</sup>

---

<sup>338</sup> En este sentido puede verse la Sentencia del TC, Sala 2ª, de 15 de Octubre de 1987.

<sup>339</sup> Sentencia del TC, Sala 2ª, 131/1992, de 28 de Septiembre.

La correcta notificación<sup>340</sup> es de suma importancia de cara a la salvaguardia de los derechos del inculpado, es de destacar que a nuestro modo de ver durante la instrucción es quizá cuando más se olvida la importancia de notificar, produciéndose a veces un claro perjuicio al inculpado, que se convierte así en desconocedor del curso de la investigación, lo que verdaderamente impide el derecho de defensa. Así en la tramitación de las Diligencias Previas, al no ser preceptivo hasta la formación del Procedimiento abreviado la representación procesal del procurador, se *olvida*, quizá por el colapso habitual de los Juzgados el practicar como es debido todas las notificaciones referidas tanto a pruebas practicadas, como a aquellas que se van a practicar, de forma tal que normalmente el abogado del inculpado se ve privado de participar en diligencias trascendentes en la investigación. Este déficit, fácilmente subsanable con las nuevas tecnologías, debería ser tenido en cuenta si queremos una instrucción con garantías para el imputado.

Es cierto que tal deficiencia se pretende subsanar en sede de juicio oral, pero el caso es que los principios de audiencia y contradicción no sólo rigen en esta fase del proceso penal, sino en todo él, pues como afirma el TC se trata de principios que son necesarios en la medida en que permiten

---

<sup>340</sup> Y así, “el TC ha destacado en numerosas ocasiones la importancia de la efectividad de los actos de comunicación procesal y, en particular, de aquél a través del cual el órgano judicial pone en conocimiento del demandado la propia existencia del proceso, por la trascendencia que estos actos tienen para garantizar el principio de contradicción o audiencia bilateral de las partes, comprendido en el derecho reconocido en el art. 24.1 CE a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso se produzca indefensión. Ello impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de dichos actos, para asegurar en la medida de lo posible su recepción por los destinatarios, dándoles así la ocasión de defenderse, lo cual convierte lógicamente el emplazamiento, citación o notificación personal en el medio normal de comunicación”. Sentencia del TC, Sala 2ª, 118/1997, de 23 de Junio.

el conocimiento por parte del acusado de los hechos que se le imputan lo que a su vez le habilita para poder ejercitar con garantías el derecho de defensa<sup>341</sup>.

Como afirma DE VEGA RUIZ “La audiencia o la contradicción implica, en consecuencia, la permisibilidad que se otorga a los interesados para participar, para ser parte en el proceso incluso, en la tendencia más moderna, con una progresiva participación personal fuera de la mera representación procesal”<sup>342</sup>, y precisamente esa permisibilidad a participar lo que viene a garantizar precisamente es el correcto ejercicio a la tutela judicial efectiva.

Pero, ¿y si la instrucción estuviera en manos del Ministerio Fiscal? ¿Quién sería el encargado de velar por la correcta práctica de notificaciones y citaciones que permitan la salvaguardia de estos principios? Lo cierto es que durante la instrucción también es necesario respetar el principio de audiencia, y por ende el de contradicción, y así debería sancionarse con la nulidad a aquellas diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal, si se realizan sin la necesaria notificación al imputado. En tal caso,

---

<sup>341</sup> “El principio de contradicción en cualquiera de las instancias procesales constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la ley, de modo que sólo la incomparecencia en el proceso o en el recurso debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia podría justificar una resolución inaudita parte. Por ello la citación, en la medida que hace posible la comparecencia del interesado y la defensa contradictoria, representa una exigencia ineludible para que las garantías constitucionales del proceso resulten aseguradas por el órgano judicial”. Sentencia del TC Sala 2.ª, 72/1996 de 24 Abril.

<sup>342</sup> VEGA RUIZ DE, José Augusto: *El principio de audiencia*. Revista Ministerio de Justicia (<http://www.mjusticia.gob.es/>), núm. 1.343.

debería estar abierta la posibilidad de acudir al Juez para instar la repetición de la diligencia practicada sin dar audiencia al inculpado.

Diremos en suma que el principio de contradicción hoy por hoy va tomando más importancia como garantía necesaria en el proceso penal, de forma tal que ya no se concibe un juicio justo sin el respeto a tal principio e igualmente se configura como un principio inherente a la propia investigación criminal, por lo que ha de ser tenido en cuenta de cara a una reforma de la figura del instructor penal, que en todo caso deberá ser garante de tal principio, estableciéndose además los cauces judiciales durante la instrucción para su salvaguardia<sup>343</sup>. Así, el principio de contradicción es inherente al propio método científico de investigación, pues no es posible alcanzar la verdad material, último fin de la justicia, sin la confrontación dialéctica de las pruebas que las partes aporten para justificar sus razones, y en fase de instrucción ello permite un sobreseimiento que en suma es el mayor éxito para el investigado, que queda fuera del proceso sin necesidad de verse como acusado ante el tribunal juzgador<sup>344</sup>. Es desde luego relevante la contradicción porque sólo

---

<sup>343</sup> Así, “la contradicción, como método de obtención de la verdad es además de la quintaesencia de la libertad, más en concreto del derecho a la libertad de expresión, el principio que se sigue en la investigación científica, si bien hay que aprender, de dicho mundo, que la concisión y precisión, arropadas por la comprobación empírica, reviste al proceso científico de unas connotaciones objetivas que escasean en el proceso penal, muchas veces recorrido de un subjetivismo-protagonismo que sustituye la calidad de la alegación y pretensión por un profuso retoricismo ayuno de sustancia”. De URBANO CASTRILLO, Eduardo: *El principio de contradicción en el proceso penal*, Diario La Ley nº 5474, Lunes, 4 de Febrero de 2002.

<sup>344</sup> Así, en relación al principio de contradicción, afirma MORENO CATENA que “Un proceso está presidido por el referido principio cuando a ambas partes, actor y demandado o acusador e imputado, se les permite efectivamente acceder al proceso a fin de poder hacer valer libremente sus respectivas pretensiones y defensas, mediante la introducción de los hechos que las fundamenten y su correspondiente práctica de prueba, así como cuando se le concede al acusado

desde la controversia de dos posturas encontradas puede acercarse el juzgador a obtener una visión clara de lo hechos de forma tal que se le facilite adoptar una decisión coherente.

El principio de igualdad de las partes, íntimamente unido a los otros ya comentados, constituye también pilar básico de las garantías procesales inherentes al proceso penal, y amparadas por el art. 24.2 CE<sup>345</sup>. Dicho principio está ciertamente muy condicionado durante la fase de instrucción, y ello precisamente porque el Estado, como responsable del *ius puniendi*, ostenta garantías para permitir al instructor la averiguación del delito y de sus autores, con la obligación de respetar en todo caso los derechos fundamentales de los imputados<sup>346</sup>.

---

su derecho a ser oído con anterioridad a la sentencia”. MORENO CATENA, Víctor y otros: *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 2003, pág. 214.

<sup>345</sup> Pueden verse en este sentido las Sentencias del TC 27/1985, de 26 de Febrero y la 66/1989, de 17 de Abril.

<sup>346</sup> En este sentido apunta MORENO CATENA que “Tampoco se oponen al principio de igualdad determinadas restricciones en las fases de alegaciones o de prueba que pudiera sufrir la parte demandada en los procesos sumarios o el imputado en la fase instructora (v.gr., la declaración de secreto sumarial, o su incomunicación en los supuestos que la justifican). La existencia en los procesos sumarios de determinadas especialidades en la relación jurídico material y en el título que posibilita la apertura de tales expeditivos procesos, unida a la ausencia de efectos materiales de cosa juzgada, justifican tales restricciones del principio de igualdad (SSTC 27/1981, 83/1983, 90/1992); la necesidad de garantizar el éxito de la instrucción o prevenir las comunicaciones entre coimputados justifican, asimismo, determinadas limitaciones temporales del principio de igualdad en la fase instructora (nunca en la del juicio oral). Tampoco contravienen dicho principio la vigencia de depósitos o cauciones para el ejercicio de recursos (SSTC 326/1994, 90/1989, 16/1986), o la obligación de pago de intereses en una cuantía superior a la normal cuando aparece objetivamente justificada (STC 76/1990). Más discutible parece el principio de autoejecución administrativa de las sentencias en el proceso contencioso-administrativo”. MORENO CATENA, Víctor y otros: *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 2003, pág. 216.



No obstante, el principio de igualdad rige de forma clara durante el juicio oral, en el que ya si existe una igualdad de partes, de forma que ambas partes se colocan al mismo nivel frente al Juez,<sup>347</sup> como así ya preveía el legislador decimonónico de nuestra LECRIM, que en su Exposición de motivos manifiesta que “la calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la persona del delincuente, hecha por el acusador y el acusado una vez concluso el sumario, es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y su contestación, la acción y las excepciones. Al formularlas empieza realmente la contienda jurídica, y ya entonces sería indiscutible que la Ley no estableciera la perfecta igualdad de condiciones entre el acusador y el acusado. Están en frente uno del otro, el ciudadano y el Estado. Sagrada es, sin duda, la causa de la sociedad; pero no lo son menos los derechos individuales. En los pueblos verdaderamente libres, el ciudadano debe tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor, y si el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar la infracción de la ley penal para restablecer, allí donde se turbe, la armonía del derecho, no por esto deben sacrificarse jamás lo fueros de la inocencia, porque al cabo el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales”.

Ciertamente parece no otorgar demasiada importancia a la igualdad de partes durante la instrucción, justificándolo en la necesidad del Estado de mantener esa primacía que le otorga la posibilidad de investigar el hecho

---

<sup>347</sup> En este sentido puede verse un artículo de BERZOSA, Victoria: *Principios del proceso*, Justicia 92, Año 1992, nº III, pág. 572.

delictivo de una forma más eficaz. No obstante, al amparo de nuestra Constitución no podemos dejar para el juicio oral la puesta en funcionamiento del principio de igualdad de partes, pues debemos pensar en la figura de un instructor respetuoso con el mismo, dado que durante la instrucción se puede encauzar la investigación en un sentido u otro en función de las diligencias que tanto la acusación como la defensa insten, y dejar la vigencia de este principio tan sólo y en exclusiva para el juicio oral sería tanto como impedir su verdadera eficacia incluso en este momento del proceso.

Finalmente nos centraremos en el derecho a la prueba y a las pertinentes garantías para su práctica, recogido también como garantía procesal en el art. 24.2 CE<sup>348</sup>, no sin antes matizar que no nos encontramos ante un derecho absoluto, sino que será siempre el tribunal quien deba decidir sobre su pertinencia, y extrapolando a la instrucción podemos decir que dicho derecho no ampara cualquier solicitud de diligencias sino aquellas que el juez estime necesarias<sup>349</sup>.

Pues bien ¿qué alcance tiene este derecho durante la instrucción y qué papel debe desempeñar el instructor para su salvaguardia? Si nos

---

<sup>348</sup> Pues como afirma RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ “es consustancial al derecho de defensa el derecho a proponer pruebas y conseguir su práctica en condiciones de normalidad y con sujeción a las leyes, en justificación de las alegaciones propias o para desvirtuar las de la contraparte”. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Derechos Fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Nociones básicas y jurisprudencia esencial*, Granada, 2000, pág. 47.

<sup>349</sup> Como matiza el TC “el derecho a las pruebas no es, en ningún caso, un derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada y, como reiteradamente ha afirmado este Tribunal, las pruebas que la parte puede tener derecho a practicar son las que guardan relación con el objeto del litigio”. Sentencia del TC de 25 de abril de 1984.

centramos en la primera cuestión, parece acertado pensar en la vigencia de tal principio durante la instrucción, pues de la práctica de diligencias de investigación dependerá el juicio de valor que el instructor se haga para realizar o no el correspondiente procesamiento.

No obstante, no debemos entender este derecho durante la instrucción de forma ilimitada, pues durante este periodo tan sólo se trata de comprobar si existen indicios racionales de criminalidad que lleven al instructor a formular el procesamiento, impidiéndose así un alargamiento del sumario innecesario que en nada beneficia al imputado, pues precisamente es en la fase intermedia del proceso penal cuando se pueden instar las pruebas que habrán de practicarse en la vista oral, momento éste decisivo, en el que ya sí se hace necesario dar un mayor margen de maniobrabilidad a la defensa para proponer y practicar aquellas pruebas que se consideren necesarias en aras a demostrar la inocencia<sup>350</sup>. Igualmente y como afirma el TC el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes

---

<sup>350</sup> MORENO CATENA afirma que “En realidad el derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes lo que impone de manera principal es que en todos los procesos exista la posibilidad de realizar actos probatorios, precisamente los que los ciudadanos entiendan van encaminados mejor a defender sus derechos o intereses. Sin embargo, no es éste un derecho absoluto, puesto que está limitado por la necesidad de que las pruebas solicitadas sean pertinentes y necesarias, valoración que hace el órgano judicial. La actividad judicial es, pues, importantísima en este campo, debiendo, tal como se ha expresado la jurisprudencia (SSTC 116/1983; 51/1985; 30/1986, 50/1988, 87/1992, 233/1992, 351/1993, 357/1993, 89/1995 y 1/1996, entre otras muchas), ejercerse en modo tal que no se desconozca ni obstaculice el derecho constitucional, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación, no implicando ello despojar al órgano judicial de su potestad de pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas propuestas por las partes, «sino acoger las peticiones de admisión a prueba en cuanto no sea manifiesta la ausencia de adecuación entre la que se propone y la cuestión debatida», doctrina aplicada sin paliativos por el TS (véase STS 27 junio 1991)”

MORENO CATENA, Víctor y otros: *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 2003, pág. 229 y 230.

para su defensa, “pese a su tenor literal, no protege sólo a quienes son objeto de una acción penal en su contra, sino también «a todos cuantos acuden ante los jueces y tribunales en defensa de lo que creen sus derechos e intereses legítimos y, en consecuencia, también a quienes mediante la querrela intentan la acción penal frente a los que reputan responsables de actos delictivos en su perjuicio»”.<sup>351</sup>

Refiriéndonos al papel del instructor de cara a la salvaguardia del derecho a usar los medios de pruebas pertinentes, no podemos dejar de lado que precisamente la fase de instrucción es para investigar y no para juzgar, de ahí que sea el instructor el que debe determinar cuándo existen indicios suficientes para procesar. Si entendemos la instrucción sumarial como la “fase del sumario anterior a la de juicio oral que consiste en la investigación encaminada a la averiguación de los hechos delictivos, así como de las personas intervinientes en los mismos”, tampoco puede admitirse inútiles diligencias de investigación<sup>352</sup>.

---

<sup>351</sup> Sentencia del TC de 1-7-1986, núm. 89/1986. Recurso de Amparo núm. 731/1985.

<sup>352</sup> En palabras del TC, “en el caso del proceso penal ha de tenerse en cuenta la peculiar situación del posible implicado, en función de su derecho a la presunción de inocencia, y de sus derechos de defensa, lo que presupone también el no alargamiento del sumario, una vez constatada suficientemente la inexistencia de indicios racionales de criminalidad. La denegación de pruebas que el juzgador estima inútiles no supone necesariamente indefensión, como ha recordado la sentencia de este Tribunal de 7 de febrero de 1984, puesto que esta facultad denegatoria viene impuesta por evidentes razones prácticas como la de evitar dilaciones injustificadas del proceso. De esta forma el órgano judicial cuando se considere «suficientemente informado con las pruebas practicadas para formar juicio concreto sobre los hechos» (Sentencia de 7 de diciembre de 1983) ha de proceder a la conclusión del sumario, sin que quepa admitir un alargamiento artificial del mismo, por la sucesiva y continua petición adicional de pruebas por la parte acusadora, lo que significaría desconocer los derechos del propio imputado. Corresponde así al órgano judicial el evitar un alargamiento innecesario de la fase sumarial cuando existan elementos suficientes de convicción...” *Ibidem*.

Así, esta parece ser la tendencia, al menos en el Anteproyecto de LECRIM (aprobado por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011), pues los arts. 470 y 494 viene a establecer la posibilidad de recurrir al Juez de Garantías los decretos que el Fiscal dicte denegando diligencias propuestas por la defensa. Se trata en suma de establecer un necesario control jurisdiccional sobre la actividad instructora que permita al imputado desplegar en toda su dimensión el derecho defensa, que como tal debe estar presente en todo el proceso y no solo en la fase de juicio.

Debemos también decir que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes debe estar presente en la instrucción. Es cierto que prueba como tal es solamente aquella que se articula en el juicio oral, pero lo cierto es que las diligencias de investigación permiten al Juez una primera aproximación al hecho delictivo, y tan importante es preparar el juicio oral como articular los medios para que las defensas puedan ejercer este derecho en la instrucción de forma tal que no sea necesario llegar a juicio oral. Debemos pensar que el sobreseimiento puede motivarse sobre la base de unas diligencias de investigación, y no hay mayor triunfo para la defensa del imputado que el mero hecho de que el asunto no se lleve a juicio, por lo que es preciso si queremos tener una instrucción con garantías que la defensa se pueda ejercer permitiendo aquellas diligencias de investigación instadas por el propio imputado.

Finalmente diremos que la prueba preconstituida y la prueba anticipada sí que constituyen pruebas propiamente dichas, de ahí que sea necesario que exista la posibilidad de que las mismas sean instadas por la defensa como única forma de garantizar un posterior juicio justo y garantista. Es importante que estas diligencias se hayan practicado con las debidas garantías y que estén sometidas a control judicial, ciertamente, pero

también es necesario para la salvaguarda del derecho de defensa que puedan ser instadas por las partes y por quien se ve imputado en un proceso penal. Prescindir de esta posibilidad supondría una merma clara del derecho de defensa que acabaría interfiriendo, no ya en la instrucción, sino en el propio juicio oral, dado que la repercusión de este tipo de pruebas es indudable.

#### 5.2.4 Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

Los citados derechos “contemplan aquellos que corresponden en el proceso penal al imputado o a quien pueda adquirir tal condición, y a cerca de los cuales los órganos judiciales deben ilustrar desde el primer acto procesal en el que pueda dirigirse contra una determinada persona el procedimiento, de no prestar declaración contra sí mismo y de no confesar la culpabilidad”.<sup>353</sup>

Son derechos que surgen desde el inicio del proceso penal, desde el inicio de la investigación, y por ello, sea cual sea el órgano que instruya debe informar de tales derechos al detenido o inculcado. Pero claro, dicha información no es sólo un derecho de carácter formal sino que incide absolutamente en derechos fundamentales. Su trascendencia impide que pueda prestarse declaración válida si previamente no se ha informado de los derechos al imputado. Precisamente la garantía de que efectivamente y con carácter previo se han leído los derechos al imputado es la asistencia del defensor, cuya firma en autos reconoce el respeto a tal derecho, de ahí la vinculación que tal derecho tiene con el derecho de defensa.

---

<sup>353</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: Derechos Fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Nociones básicas y jurisprudencia esencial, Granada, 2000, pág. 49.

Y así, según reiterada doctrina del TC los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable constituyen “garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que, en ningún caso, pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”.<sup>354</sup>

Es más el derecho a no confesarse culpable puede llevar incluso a que la defensa en un momento dado pueda interrumpir la declaración que preste el imputado o detenido aconsejando el no responder, por mucho que tal práctica no guste ni sea vista con buenos ojos por los jueces instructores. Pero lo cierto es que el aire inquisitivo sigue planeando en la instrucción, porque la declaración que se presta ante el Juez instructor no debería tener otra virtualidad que la de ir preparando el juicio oral, por lo que el no declarar no debería ser interpretado por los jueces, como así ocurre casi siempre, como un descaro y un desplante que a modo de desafío suele llevar al imputado o detenido a la prisión preventiva, abusando de esta figura que precisamente no está pensado para este fin.

Lo cierto, sin embargo, es que la negativa a declarar, es decir, el derecho a guardar silencio, puede conllevar dos situaciones: una en la que tal negativa “permite inferir que no hay explicación y que el imputado es culpable. En este caso la carga de la prueba se traslada de la acusación a la defensa sin que se infrinja el principio a la presunción de inocencia

---

<sup>354</sup> Sentencia del TC 229/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999/229], F. 3, con cita de jurisprudencia anterior.

consagrado constitucionalmente... Pero esto no es así cuando el imputado opta simplemente por guardar silencio si el caso que presenta la acusación no pide respuestas. En este caso una negativa a contestar no puede justificar nunca una inferencia de la culpabilidad”<sup>355</sup>.

Son tan sumamente importantes tales derechos que incluso el TC llega a plantearse su relación con el derecho a guardar silencio, pese a que en principio podría pensarse que hablamos de los mismo se matiza del siguiente modo: *“el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, como el derecho a no contribuir a su propia incriminación, no pueden identificarse con el derecho a guardar silencio, sin embargo, si el derecho a no contribuir a la propia incriminación es un componente del derecho a guardar silencio (STEDH Saunders, de 8 de febrero de 1996, ap.68), la genérica advertencia del derecho a guardar silencio puede considerarse comprensiva de la información de que al declarante le asiste el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable”*. En el caso indicado el TC consideró suficiente de cara a la salvaguardia de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, el haber informado simplemente del derecho a guardar silencio, pues si bien no son la misma cosa, sí es cierto que uno incluye a los otros.<sup>356</sup>

En relación a los derechos que comentamos es interesante destacar que, normalmente y sin generalizar, declarar ante la autoridad judicial

---

<sup>355</sup> ARMARIO PÉREZ, Juan: De la presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico: Consideraciones del derecho a no declarar contra sí mismo y del derecho a no confesarse culpable, Revista la Garnacha, nº 21, Septiembre de 2002, pág. 27.

<sup>356</sup> Sentencia del TC 127/2000, de 16 de Mayo (RTC 2000\127).



durante la instrucción poco o nada va a beneficiar al detenido o investigado, a no ser que de su declaración quede absolutamente claro su inocencia de forma tal que no quede duda en el instructor y proceda al sobreseimiento. Pero lo cierto, es que en la mayor parte de los casos la declaración poco o nada contribuye a la defensa, que al fin y al cabo es el motivo por el que declara una persona, es decir, para exculparse. Y así esas declaraciones acaban por perjudicar al imputado, pues le priva de mantener una versión distinta en el juicio oral, más acorde con el resultado global de la investigación, pues en caso de contradecirse en el juicio oral queda en entredicho su verosimilitud, y además existe la posibilidad de que el juzgador acabe considerando como cierta la declaración prestada ante el instructor y no admita la declaración realizada en el juicio oral<sup>357</sup>.

En el subconsciente colectivo existe la idea de que el Juez es ecuánime y justo, como debe ser, y se viene a creer que contándole una versión más o menos exculpatória se va librar el detenido de ingresar en

---

<sup>357</sup> De hecho, el TS. (s. 12.9.2003, 31.10.94) manifiesta que “Cuando un acusado o un testigo *declara en el juicio oral y antes lo ha hecho en otra fase del procedimiento*, bien ante la policía o ante autoridad judicial, el tribunal que conoce de la causa y ha de dictar sentencia tiene la *facultad de conceder su credibilidad* a unas u otras de tales declaraciones, en todo o en parte, como una manifestación más de los principios de inmediación y de apreciación conjunta de la prueba, de modo que puede redactar en su sentencia los hechos probados tomando datos de unas o de otras de tales declaraciones conforme a la verosimilitud que les merezcan según su propio criterio (art. 741 de la L.E.Cr. ), siempre que se cumplan dos requisitos de carácter formal: 1º que aquellas manifestaciones de las que se toman los datos de cargo hayan sido practicadas con observancia de las correspondientes normas procesales aplicables a la misma, y 2º, que, genéricamente consideradas (es decir, no en sus detalles específicos), hayan sido incorporadas al debate del plenario, de modo que las partes hayan tenido oportunidad de interrogar sobre esos extremos”.

prisión o al imputado de ser juzgado. Pero la realidad es bien distinta. El Juez de instrucción es ante todo instructor, y como tal su labor tenderá más que otra cosa a hacer acopio de pruebas que puedan llevar al Ministerio Fiscal a poder sostener la acusación. Por ello, entendemos que de cara al correcto posicionamiento del Juez durante la instrucción al menos frente a los ciudadanos, si la instrucción estuviera en manos del Fiscal, probablemente los detenidos tendrían otro talante en sus declaraciones, quizás prestarían declaración con más *cautela*, sabiendo que quien les pregunta son ante todo Fiscales y como tales acusadores.

De otro lado se evitaría que las declaraciones ante el Fiscal que instruyera pudieran ser consideradas como pruebas anticipadas y, por ende, de cargo una vez reproducidas en el Juicio oral y fueran suficientes para enervar la presunción de inocencia y dictar sentencia condenatoria. Se otorgaría más valor a las declaraciones vertidas en el juicio oral, lo cual no es sólo algo lógico, sino también una exigencia de amplio calado jurisprudencial a nivel nacional e internacional.

Estos derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpables son igualmente son también, como apunta RAMOS MÉNDEZ “manifestaciones específicas de este aspecto de la autodefensa”<sup>358</sup>, y en la medida en que se garantice en el proceso penal, en todo el proceso penal, podrá salvaguardarse el sacralizado derecho de defensa.

#### 5.2.5 Derecho a la presunción de inocencia

Este derecho de tan profundo arraigo constitucional forma parte de la cultura internacional en el ámbito de la protección de los derechos humanos

---

<sup>358</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El sistema procesal español*. Barcelona, 1999.

y de ahí su amplio reconocimiento político en todas las declaraciones internacionales. Así, vemos que está reconocido en el art. 11.1 de la DUDH, en el art. 6.2 del CEDH y en el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es un derecho que influye en todos los órdenes jurisdiccionales e incluso a nivel administrativo, y está absolutamente conectado con el derecho a un proceso con todas las garantías<sup>359</sup>.

Se trata de un derecho que se otorga como ventaja especial para el imputado o acusado<sup>360</sup>, de forma tal que se le exonera de tener que demostrar su inocencia y es también un derecho que incide claramente en la actividad probatoria. Por un lado y siguiendo a RAMOS MÉNDEZ es necesaria una mínima actividad probatoria, que dicha actividad tenga tal carácter en virtud de la ley, y que corresponda a la acusación esa exigencia

---

<sup>359</sup> El TC manifiesta que “en la STC 81/1998 (fundamentos jurídicos 2º y 3º), nos referimos a la íntima relación que existe entre la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías, señalando cómo la primera sólo puede entenderse desvirtuada en virtud de «pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías». Y no las reúnen aquellas que han sido conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos, pues aunque esta prohibición de valoración no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaure, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso (STC 114/1984, fundamentos jurídicos 2º y 3º)”. Sentencia del TC de 27-9-1999, núm. 161/1999. Recurso de Amparo núm. 2294/1995.

<sup>360</sup> En parecido sentido el TS alega que “para llegar a destruir la presunción de inocencia,... se exige una adecuada actividad probatoria, realizada además con todas las garantías y bajo los principios de contradicción, inmediación y publicidad, habiéndose conseguido los medios probatorios llevados al proceso sin lesionar los derechos o libertades fundamentales”. Sentencia del TS de 23-02-1995.

de prueba. “Como resulta de lo expuesto, la garantía cubre todos y cada uno de los momentos de la actividad probatoria y pugna por sobrevivir a los embates de la acusación. Sólo las pruebas de cargo concluyentes hacen perder al ciudadano acusado dicha posición de ventaja, tras el sometimiento a la disciplina del juicio penal”<sup>361</sup>.

Pero aquí lo que debemos plantearnos es la incidencia de la presunción de inocencia durante la instrucción. Indudablemente incide en la adopción de medidas que afecten a derechos fundamentales, pues bajo esta presunción debe el Juez tener siempre presente que se trata de alguien que no ha sido condenado y por tanto inocente salvo prueba en contrario. Por ello no puede admitirse que esa prueba necesaria sea obtenida vulnerando derechos del imputado, incluida la presunción de inocencia. Pero lo cierto es que toda instrucción de un delito requiere cierta investigación, y por ende en cierto modo se pone en tela de juicio la conducta de la persona investigada. Por ello, donde más incide la presunción de inocencia durante la instrucción es en la adopción de medidas cautelares tales como la prisión provisional, que, en todo caso, deberá estar siempre acordada por un juez imparcial, lo cual no suele ser así, dado que normalmente el juez instructor como investigador pierde la imparcialidad y por tanto queda desvirtuado a los efectos de acordar una medida tan sumamente restrictiva de derechos. El juez instructor es, a nuestro modo de ver, un juez contaminado para adoptar este tipo de medidas.

Es el Juez imparcial quien debe valorar los indicios racionales de criminalidad que permitan acordar la prisión preventiva<sup>362</sup> sin que ello

---

<sup>361</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El sistema procesal español*. Barcelona, 1999.

<sup>362</sup> En relación al tema que comentamos traemos a colación la siguiente Sentencia del TC, que afirma que “hemos resaltado en anteriores resoluciones -SSTC 128/1995 (RTC 1995\128),

suponga vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque precisamente la prisión preventiva como medida restrictiva de derechos no pretende adelantar la pena, sino sustraer al sujeto del entorno investigado de cara a permitir la investigación con garantías o asegurar el buen fin de la investigación sin riesgos para la víctimas.

Llama la atención que el propio TC en Sentencia del TC de 29-9-1997, insista en que la prisión provisional no debe tener jamás como finalidad el impulsar la investigación, pero claro, si la persona que acuerda esta medida es la misma que investiga, cómo se impide que una negación

---

fundamento jurídico 3.º, o 67/1997 (RTC 1997\67), fundamento jurídico 2.º- que la presunción de inocencia impone a la adopción y mantenimiento de la prisión provisional ciertos límites infranqueables, y en tal sentido exige que «no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que ésta ni puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida. Y, con mayor razón, proscribire la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales».

En el caso concreto estos límites no han sido rebasados, ya que aparece debidamente fundamentada la provisional apreciación de existir en la causa motivos bastantes para creer responsable de los hechos investigados al recurrente, sin que la medida cautelar impugnada aparezca presidida por una finalidad retributiva o ajena a las que constitucionalmente la legitiman. La apreciación de indicios racionales de criminalidad en la fase de investigación no significa establecer una presunción de culpabilidad del imputado sino que únicamente implica afirmar la existencia de motivos razonables que permiten afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida (STC 108/1994 [RTC 1994\108], fundamento jurídico 3.º) por lo que ninguna objeción cabe hacer a dicha apreciación que, correspondiendo al órgano judicial encargado de la investigación o el enjuiciamiento, no supone vulneración de la presunción de inocencia, como se alega”. Sentencia del TC de 29-9-1997, núm. 156/1997. Recurso de Amparo núm. 2810/1996.

del detenido a declarar en la instrucción lleve al juez instructor a acordar esta medida, aunque sea de forma inconsciente. La práctica nos enseña que el juez instructor acaba ciertamente involucrándose en la investigación y por ello, aunque sea de modo inconsciente, acaba imponiendo medidas cuando se frustra, por la ausencia de colaboración del detenido, el curso de la investigación. Este no es el fin de la prisión preventiva, de tal forma que la salvaguarda de la presunción de inocencia impone que la prisión sea acordada por una persona distinta de la que instruya, pues obliga al juez a realizar un juicio de valor imparcial, sin condicionamientos previos, y basado en indicios racionales de criminalidad, y no en formas de presión para impulsar la investigación.

Estos indicios de criminalidad no suponen presumir la culpabilidad, como apunta la sentencia que comentamos, pues tan sólo en el juicio oral podría llegarse a tal convicción. Pero lo cierto es que cuando un juez imparcial ve motivos razonables que permiten afirmar la posible comisión de un delito, es porque se ha realizado un juicio de valor, que sólo es imparcial si el órgano que lo aprecia no ha participado en la investigación.

La salvaguarda de la presunción de inocencia viene quizás siendo una de las preocupaciones más claras, tanto de la doctrina como de la propia sociedad, pues es un derecho difícil de proteger durante la instrucción, primero porque el mero hecho de la imputación hace recaer sobre el sujeto un reproche social (*pena de banquillo*) que puede acabar con la reputación de la persona investigada. De ahí precisamente los esfuerzos del legislador en establecer fórmulas para salvaguardar tal derecho. Por otro lado, resulta, con el sistema actual, extremadamente fácil condicionar al Juez que ha de juzgar haciéndole llegar unos autos con todas las diligencias practicadas, a las que tiene acceso antes del juicio.

Por estos motivos, tanto el Anteproyecto de LECRIM (aprobado por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011), reconoce en su propio articulado tal derecho (art. 32<sup>363</sup>), y por otra parte, el Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al proceso penal (aprobado por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011), en su art. 8<sup>364</sup> viene también a reforzar tal derecho. No es nada nuevo, pero su inclusión en dos normas procesales de tan amplio calado nos da idea de la preocupación del legislador de salvaguardar su contenido.

De hecho, esta preocupación por la llamada *pena de banquillo*, es objeto de tratamiento por parte del Anteproyecto de LECRIM, pues hace un claro esfuerzo en delimitar las consecuencias de la imputación, reconociendo la propia Exposición de Motivos que “una transmisión indiscriminada de su contenido a la opinión pública supone un grave atentado para el derecho a la presunción de inocencia”. Así y aunque la publicidad en el proceso penal se incardina indudablemente como parte

---

<sup>363</sup> El art. 32 del Anteproyecto de LECRIM (aprobado por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011) afirma que “1. Toda persona sujeta al proceso penal será tratada como inocente hasta que su culpabilidad hay sido establecida según la ley. 2. No podrá derivarse para ella ninguna consecuencia desfavorable que nos encuentra expresamente prevista en esta ley o resulte inevitable de su aplicación. 3. Nadie podrá ser condenado sino en virtud de pruebas de cargo válidas y suficientes, que permitan al tribunal alcanzar, más allá de toda duda razonable, la convicción sobre la culpabilidad del acusado”.

<sup>364</sup> El art. 8 del Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al proceso penal (aprobado por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011) afirma que “1. La condena penal solo podrá fundarse en pruebas suficientes que permitan a un tribunal imparcial alcanzar, más allá de toda duda razonable, una convicción fundada sobre la culpabilidad del acusado. 2. La Ley procesal penal determinará los medios de prueba que por sí solos no son suficientes para desvirtuar la presunción inocencia del acusado. 3. La sentencia penal absolutoria no podrá contener pronunciamientos que menoscaben la presunción de inocencia de la persona absuelta”.

integral del derecho a un proceso con todas las garantías (derecho a un proceso público), lo cierto es que la vertiente colectiva de la publicidad tiene distinta incidencia según nos encontremos en la fase de juicio o en la de investigación. En la primera pudiera ser más una garantía de carácter procesal, pero durante la investigación se puede producir, y de hecho así suele ocurrir, una clara conculcación del derecho a la presunción de inocencia pues tiende a realizar un juicio paralelo por los medios de comunicación que acaban socavando dicho derecho, lo cual sin duda debe evitarse, y va precisamente en este sentido la propuesta del legislador en el citado Anteproyecto de LECRIM. Así, el art. 111.1 dice que “Corresponderá al Ministerio Fiscal transmitir a los medios de comunicación la información imprescindible sobre el curso del procedimiento de investigación. La Policía Judicial no realizará ninguna comunicación a los medios que no haya sido previamente autorizada por el discal correspondiente de la investigación”. No obstante, todas las previsiones que se articulen difícilmente impedirán que se difundan noticias sin autorización del Fiscal, pero al menos quedará claro que nunca se tratarán de noticias autorizadas por la propia Administración de Justicia.

Por otro lado, también hemos mencionado que la presunción de inocencia puede verse afectada por el fácil acceso que el Juzgador tiene al material instructorio. No se trata de negar al Juez la documentación obrante en autos, sino de tener acceso en el momento del juicio y no antes y que por su puesto sea aquella documentación trascendente y previamente instada y relacionada por las partes. Esta previsión ha tenido también cabida en el Anteproyecto de LECRIM, previendo expresamente la forma en la que se formará el expediente para el juicio oral, de tal forma que al mismo solo acceda aquello que no sea posible su reproducción en el juicio (documentos, informes, y pruebas preconstituídas o anticipadas), pero no



“declaraciones de testigos o exposiciones orales de peritos realizadas en el procedimiento de investigación o aportadas a éste...”<sup>365</sup>. De esta manera no solo se protege el derecho a la presunción de inocencia, sino que también se apuntala el derecho a un juez imparcial, otorgando al juicio oral su verdadera trascendencia.

---

<sup>365</sup> Art. 541 del Anteproyecto de LECRIM.



**V.ACTIVIDADES PROPIAS DEL INVESTIGADOR Y  
DEL INSTRUCTOR EN EL PROCESO PENAL  
ESPAÑOL**



## 1. La investigación y la instrucción

Ya tuvimos ocasión de distinguir entre investigación e instrucción, pero maticemos ahora que pese o lo polémico que resulta la separación conceptual de ambos términos desde un punto de vista jurídico procesal penal, lo que en el fondo queremos expresar no es otra cosa que la instrucción como tal engloba aspectos, tales como la adopción de medidas cautelares y limitaciones o privaciones de derechos, así como actos concretos de imputación, que deben ser asumidos por persona distinta de la que lleva a cabo la actividad investigadora, entendida ésta como averiguación de los hechos y recogida de pruebas. Esta es la base de la presente argumentación, de que distingamos entre investigación e instrucción<sup>366</sup>.

Tales planteamientos tienen desde luego cabida en nuestro marco constitucional, pues como el TC ya nos adelantó, “el art. 24 de la Constitución no impone un único sistema para la persecución de los delitos, y para evitar la apertura de juicios orales por acusaciones sin fundamento”<sup>367</sup>. No obstante, el TC no se ha querido pronunciar sobre qué

---

<sup>366</sup> En este mismo sentido se pronuncia con acierto QUINTERO OLIVARES, quien matiza además que “si en el ámbito conceptual de acto de instrucción tan sólo se incluyen las decisiones limitativas o privativas de derechos fundamentales, dejando el resto en la mera condición de investigar delitos, no habrá inconveniente alguno en admitir que es posible y razonable, además de constitucionalmente conveniente, separar esa tarea de las misiones del Juez”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La Justicia Penal en España*, Pamplona, 1998, pág. 154.

<sup>367</sup> “El modelo del Juez de instrucción pasivo, que se limita a acordar las diligencias que le proponen los acusadores o, en su caso, las defensas, que propugna la demanda del actor, podría ser perfectamente uno de ellos. Como también podría serlo el del Juez de garantías, que no lleva a cabo ninguna investigación, limitándose a decidir sobre las medidas cautelares y a controlar las diligencias que interfieren derechos y libertades fundamentales. Más también se ajusta a la

modelo de instrucción es preferible, sino que ha dejado margen para que sea el Legislador el que tome la iniciativa en la configuración del proceso penal. Pero lo cierto es que hasta la presente fecha y pese a tan amplio margen de movimientos, el Legislador no ha terminado de sacar adelante la tan ansiada reforma procesal penal con una nueva LECRIM. Lo que se ha venido haciendo ha sido ir adaptando a las circunstancias la citada Ley, introduciendo reformas sucesivas en la LECRIM, que lejos de incorporar un verdadero sistema procesal penal, ha venido a crear un auténtico galimatías de procedimientos distintos, que en muchos casos entran en verdadera contradicción al imponer condiciones diferentes a los procesados sin justificación alguna. Lejos de todo esto, se impone, ya es hora, una reforma en profundidad del proceso penal que permita no sólo otorgar seguridad jurídica, sino también respeto escrupuloso a las garantías procesales, verdadero *barómetro* de un Estado de Derecho<sup>368</sup>. Evidenciamos un problema cada vez más acuciante provocado por sucesivas, reiteradas y a veces incoherentes reformas legislativas que lejos de adoptar un sistema procesal coherente, han venido a convertir lo que había en un *no sistema*. Ya va siendo hora de que respetando los márgenes constitucionales se adopte un sistema u otro dejando de lado figuras intermedias que en nada favorecen la correcta Administración de Justicia.

---

Constitución en modelo vigente, en el cual el Juez quien dirige la investigación criminal, que no ha sido modificado ni por la Constitución, ni por la Ley Orgánica 7/1988 (STC 32/1994, FL 3º). La opción entre estos, u otros, modelos de justicia penal corresponde al Legislador, que puede configurar el sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas”. STC 41/1998, de 24 de Febrero.

<sup>368</sup> Como se ha expresado en el presente trabajo el primer intento coherente de reforma, con independencia de las críticas que un sistema u otro pueda plantear, ha sido postulado por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobados por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011.

En este sentido, es significativo y no podemos pasar por alto lo que al respecto se plasmó en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia<sup>369</sup>, que decía textualmente: *“La tramitación de esta reforma de conjunto afrontará y resolverá para el futuro el debate sobre la investigación previa al proceso penal de los procedimientos por el Fiscal o por el Juez, que asegurará que la misma se realice en un plazo proporcionado y razonable y todas las consecuencias y responsabilidades derivadas de la observancia del mismo, como el esfuerzo de medios personales y materiales necesarios para modificar, en su caso, con garantías el sistema actual, o el nuevo papel diferenciado del Juez como Juez de garantías, que ha de aportar las medidas limitativas de derechos fundamentales”*<sup>370</sup>. Por tanto se introducían ciertas ideas en el debate político de por dónde podían ir las reformas previstas, siendo así que, en la legislatura anterior, finalmente se redactó el Anteproyecto de LECRIM que se decantó por una instrucción por el Fiscal en coexistencia con un juez de garantías. Dicho Anteproyecto se quedó en eso simplemente, máxime si tenemos en cuenta que en la actualidad está sobre la mesa el texto del nuevo Código Procesal Penal, que pese a que aún no ha sido aprobado como Anteproyecto, es la base actual de trabajo.

Pese a la trascendencia de la reforma de la LECRIM no debe olvidarse que el mencionado Pacto enfatizó la importancia de la necesidad de medios materiales y personales, lo cual es sin duda crucial, pues es la única posibilidad de hacer viable, sin un estrepitoso fracaso, una reforma de la Justicia en tal sentido.

---

<sup>369</sup> De 28 de mayo de 2001, suscrito entre el PP y PSOE.

<sup>370</sup> Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia (Punto 17), Madrid, 28 de Mayo de 2001.

Pues bien, partiendo de tales premisas intentemos dilucidar que actividades son de investigación y cuales otras son propiamente instructoras<sup>371</sup>, para de esta forma poder establecer que materias son genuinamente de carácter jurisdiccional y cuáles no. En este sentido matiza CORTES DOMÍNGUEZ que “por esta razón, cualquier reforma de la LECRIM en aquella línea legislativa ha de partir de la distinción entre actos instructorios o no de los derechos fundamentales, pudiendo delegarse en el Ministerio Fiscal los segundos, en tanto que los primeros han de permanecer residenciados en el Poder Judicial”<sup>372</sup>.

Los actos de investigación no obstante, sí que tienen una definición clara si se contraponen frente a los actos de prueba, siendo ésta diferencia de vital importancia en lo que se refiere a la propia configuración del sistema penal<sup>373</sup>.

---

<sup>371</sup> Así, como afirma MARCHENA GÓMEZ, “los esfuerzos dogmáticos por diferenciar con claridad lo que sería la investigación –delegable en el Fiscal- y la instrucción- de genuina naturaleza jurisdiccional-, son fiel reflejo del interés por ofrecer fórmulas que cohonesten el espacio funcional que nuestro texto constitucional reservaría al Fiscal y el que sería propio del Juez”. MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *El Pacto y el Ministerio Fiscal*, “El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia”, obra coordinada por Enrique Arnaldo y Salvador Iglesias, 2003, pág. 212.

<sup>372</sup> CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín, en el manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 338.

<sup>373</sup> Como afirma GÓMEZ COLOMER, “El acto de investigación, aunque da resultados no ciertos sino probables, puede fundar las resoluciones interlocutorias que es preciso ir dictando en el procedimiento preliminar para que el proceso penal avance (por ejemplo, con base en esos actos se decide si se dicta auto de procesamiento o si se abre el juicio oral); estos actos no sirven para fundar la sentencia sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Los actos de prueba son los que sirven para determinar la convicción del juzgador sobre la existencia del hecho punible y la participación en él del acusado, de modo que la presunción de inocencia ha de ser desvirtuada precisamente en el juicio oral y por los actos de prueba”. MONTERO AROCA, Juan y otros: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, 2013, pág. 166.



## 2. Actividad propia del investigador

La actividad del investigador es la que va encaminada a la averiguación de los hechos, pero en todo caso, y a nuestro modo de ver, es una averiguación que busca la verdad material, fin último del proceso penal<sup>374</sup>, y por tanto, el acopio de material de investigación no debe realizarse pensando en montar una acusación, sino en acumular todo el material disponible para que las partes puedan definir correctamente sus posiciones de cara al juicio oral. Por ello la actividad de investigar debe estar inmersa bajo premisas de imparcialidad, pues requiere que el que investigue no busque la satisfacción de la acusación, sino la averiguación de la verdad, pues ningún interés personal o incluso profesional debe mover los hilos de la investigación. Indudablemente tal planteamiento no está exento de riesgos porque es humano que quien se ve inmerso en una investigación criminal, inconsciente o conscientemente, pretenda darla por concluida con un éxito que no es otro que la puesta a disposición de la Justicia de un presunto culpable. Por ello, precisamente, es de suma importancia que quien dirija la investigación sea imparcial y, en cierto modo, también es aconsejable que quien dirija la investigación sea ajeno orgánica y funcionalmente a la persona que realiza la investigación, es decir, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado pues de esta forma existirá una “sujeción del funcionario de policía a las órdenes e instrucciones que le imparta una determinada autoridad u organismo”<sup>375</sup>.

---

<sup>374</sup> Véase la plasmación de este principio en el vigente art. 2 de la LECRIM.

<sup>375</sup> DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001, pág. 330.

Con ello dejamos entrever que una cosa es quien realiza materialmente la investigación, que como sabemos es la policía judicial, y otra bien distinta, quien dirige esa investigación, y en este punto lo que queremos enfatizar es precisamente la necesidad de que tal dirección debe estar encomendada a un órgano independiente de la propia policía, pues ello, otorga objetividad a la investigación, e impide que equivocados celos profesionales lleve a convertir en culpables a quienes no lo son.

Así, en nuestro proceso penal afirma CLIMENT DURAN que “en principio, el Juez de Instrucción debe realizar la diligencia sumarial de investigación o al menos ha de controlarla. Pero hay algunos supuestos en que, debido a la urgencia del hecho a constatar, se produce una intervención policial aislada, sin ningún control judicial”<sup>376</sup>, y precisamente esa ausencia de control es lo que se debe evitar en toda investigación, pues o bien debe ser dirigida por el Juez Instructor o por el Fiscal, en cualquier caso debe ser controlada por personas ajenas al cuerpo policial propiamente investigador, y esto constituye sin duda una clara garantía para el investigado.

Necesariamente debemos plantearnos qué actividades son, por su propia naturaleza, propias del investigador, centrándonos en la determinación de la persona que debe llevarla a cabo.

## 2.1. La imputación

Pese a no ser propiamente la imputación un medio de investigación, entendemos que debemos detenernos aquí en primer lugar, porque resulta necesario determinar quién debe llevarla a cabo. Como afirma MORENO CATENA, “la imputación consiste en atribuir a una persona determinada

---

<sup>376</sup> CLIMENT DURAN, Carlos: “*La prueba penal*”, Valencia, 1999, pág. 778.

participación criminal en unos concretos hechos que presentan los caracteres de delito o falta”<sup>377</sup>. No se trata de un mero formalismo, pues lo verdaderamente importante es que la imputación marca el inicio de la posibilidad de ejercer la defensa, y como tal supone para el individuo un acto trascendente, íntimamente unido con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esa es la trascendencia de la imputación.

En este punto debemos mencionar también la reciente modificación de la LECRIM operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*. Nos referimos al cambio del vocablo imputado por investigado y encausado operado por el artículo único, veintiuno de la citada Ley. Dicha modificación por mucho impacto que pueda haber tenido en los medios de comunicación, realmente carece de trascendencia procesal por cuanto ninguna modificación produce en los derechos de la persona sometida al proceso penal. Si bien es cierto que los medios de comunicación han convertido en peyorativo el término imputado y ahora se prefiere llamar investigado o encausado, también es cierto que poco cambiará las cosas cuando al imputado se le llame investigado y dicha nueva terminología sea de uso común. Lo cierto es que quien está sometido al proceso penal, con independencia de la nomenclatura que se utilice, está bajo sospecha, y lo realmente importante es que dicha situación lo que debe desplegar es el derecho a defenderse con independencia del término que se le ponga al sujeto sometido al proceso penal.

---

<sup>377</sup> MORENO CATENA, Víctor y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pag. 317.

En nuestro proceso, el momento de la imputación no tiene por qué coincidir con el inicio del proceso penal. Depende de si es o no conocida la persona a la que se le atribuyen la comisión de unos hechos delictivos, y de ahí que esa imputación se realice al principio de la instrucción o una vez ésta haya avanzado lo suficiente como para poder atribuir el hecho criminal a una determinada persona, evidentemente con el carácter de presunción. Se configura pues la imputación como garantía del derecho fundamental a la defensa, aunque no por ello debemos ver en la imputación un *regalo* a la persona afectada, pues ciertamente el reproche social que conlleva la mera imputación es ciertamente alto (aunque cuando se generalice el término *investigado*, acabe teniendo la misma connotación). Con ello, queremos incidir en la importancia de que la imputación se realice siempre bajo premisas claras, sin dejarse llevar por circunstancias ajenas a la propia investigación criminal.

Pero también el momento de la imputación depende de la situación personal del sujeto, dado que si nos encontramos ante una persona detenida, la imputación, que marca el momento a partir del cual la persona puede comenzar a ejercer sus derechos a la defensa, debe realizarla la propia policía, entendiéndose como la obligación de ésta de explicar de forma clara los motivos de la detención, y con independencia de que la autoridad judicial ratifique posteriormente y ya formalmente la citada imputación.

Dicha imputación judicial, que en nuestro proceso penal la realiza el Juez de instrucción, no queda al arbitrio del Juez, sino que éste viene obligado a realizarla formalmente desde el mismo instante en que dirige la investigación contra una persona, pues como dice la LECRIM “será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados” (art. 118). De hecho el Anteproyecto de LECRIM en su art. 33 y entre los

derechos de la persona investigada establece el derecho a “que se le comunique la investigación, los hechos investigados y su calificación jurídica en la primera comparecencia”, lo que viene a reafirmar la importancia de que esta imputación sea lo primero en la instrucción. No obstante, cuando nos encontramos ante una investigación iniciada y continuada por la policía, por el fiscal o por el juez ¿quién garantizaría que el imputado conoce que se dirige una investigación contra él? Esto, que no ofrece muchos problemas cuando la persona es detenida, pues debe pasar en 24 horas ante la autoridad judicial<sup>378</sup>, sí que puede suponer un problema cuando la investigación se prolonga, sin precisar autorización judicial, durante algún tiempo, periodo durante el cual el investigado se encuentra desamparado, pues el desconocimiento le impide ejercer la contradicción y la defensa que le es propia. De hecho, resulta claro que la investigación policial debe concluir cuando el presunto responsable queda identificado, debiendo continuar luego bajo las ordenes del Fiscal o el Juez.

Cuando es el Ministerio Fiscal el que dirige una investigación preprocesal contra una determinada persona, igualmente debe informarse de ello a la persona investigada, pues insistimos, la comunicación de la imputación al imputado no es una garantía que aparece en fase judicial, sino que debe existir y quedar amparada por los poderes públicos, y sobre todo por el propio Ministerio Fiscal, desde el mismo instante en que la investigación se dirige contra una persona concreta.

Lo cierto es que tradicionalmente la imputación solía realizarse en sede judicial o incluso ante el Ministerio Fiscal, y sólo cuando la persona era detenida, la imputación se realizaba en el mismo momento por la

---

<sup>378</sup> Plazo máximo ordinario de detención, ex art. 496 LECRIM.

policía. No obstante, desde la reforma de la LECRIM introducida por la Ley 38/2002, de 24 de Octubre (juicios rápidos), se abrieron nuevas posibilidades para realizar la imputación, pues será la policía la que se encargue de citar y llamar a comisaría a quien se presupone culpable de un delito o falta<sup>379</sup>. Nos encontramos, pues, ante una imputación policial, de importante trascendencia, pues como decimos, marca el inicio de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa<sup>380</sup>. Por tanto, no es trascendente quién haga la imputación, sino en qué momento se haga, que no debe ser otro que desde que la investigación se dirija contra una persona, y ello con independencia de que existan actos judiciales de imputación formal, a los que no negamos su relevancia (auto de procesamiento, citación para ser oído en calidad de imputado, auto de apertura de juicio oral, etc.) o que simplemente se trate de actos de investigación realizados por la policía.

---

<sup>379</sup> El art. 771.2ª LECRIM dice textualmente que la policía judicial “informará en la forma más comprensible al imputado no detenido de cuáles son los hechos que se le atribuyan y de los derechos que le asisten. En particular, le instruirá de los derechos reconocidos en el apartado a), b), c) y e) del art. 502.2”. Es evidente que esta nueva ley viene a adelantar la calificación de imputado a la fase prejudicial, a la fase de investigación, lo cual indiscutiblemente favorece el derecho de defensa por cuanto permite desde entonces que el imputado pueda defenderse, pero igualmente conlleva el riesgo de una imputación incorrecta desde un punto de vista jurídico, ajena al inicial control judicial. Pese a ello, no olvidemos que, como afirma el artículo citado, la imputación se refiere a los hechos que se le atribuyen, y por tanto no se hace preciso una calificación jurídica de los mismos por la policía, que en todo caso queda reservada al Juez o, en su caso, al Ministerio Público.

<sup>380</sup> Como afirma ALONSO PÉREZ, “en la regla 2ª del nuevo art. 771 LECRIM el término imputado parece referirse a aquella persona a quien se atribuye más o menos fundamentadamente un acto punible, sin necesidad de que exista un acto formal de acusación por parte de la autoridad judicial, pues se está utilizando el término precisamente antes de la intervención del Juez con la finalidad de que la Policía informe a dicha persona de sus derechos constitucionales y legales”. ALONSO PÉREZ, Francisco: Los derechos del Imputado no detenido tras la reforma de la Ley 38/2002, de 24 de Octubre, Diario La Ley nº 5689, Año XXIII, 3 Enero 2003, ref.<sup>a</sup> D-2.

El contenido de la imputación no es otro que la información de los hechos que se le imputan, pero ante ello es necesario también informar de los derechos que asisten a la persona imputada: derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, derecho a la asistencia letrada y derecho a ser asistido por un intérprete. Pero es que además el éxito de la propia instrucción radica también en la celeridad con que se haga la imputación, pues como afirma el TS en Sentencia de 24 de Octubre de 1997, el injustificado retraso en la realización formal de la imputación priva de valor probatorio a todas aquellas diligencias de la fase de instrucción realizadas sin previamente considerar imputado al sujeto investigado, y ello simplemente por haber privado al sujeto de los derechos que la condición de imputado otorga a la persona.

Pues bien, al plantearnos el momento en el que debe realizarse formalmente la imputación, nos planteamos qué persona debe llevarla a cabo, y dado que existen muy distintas formas de iniciar un proceso penal (por denuncia ante el Juzgado, ante la policía, en procedimiento de juicio rápido, con investigación preprocesal del Ministerio Fiscal, etc.) concluimos que será en cada caso el órgano que dé comienzo a la investigación el que deberá informar de la imputación. No obstante, ello no es óbice para que tal imputación sea reiterada por el Juez que en suma es quien debe controlar tal acto de imputación y decidir si existen fundados motivos para acceder al juicio oral.

Si lo que venimos planteando es que la virtualidad de la imputación es la posibilidad de ejercer con garantías el derecho de defensa, debemos aceptar que la imputación pueda venir realizada por el órgano que en cada caso inicie la investigación, porque ello supone adelantar la garantía de defensa hasta el mismo inicio de la investigación. Pero igualmente debemos

matizar que esa imputación debe estar controlada por un órgano jurisdiccional, que es el que verdaderamente realiza la imputación formal, esto es imputación con calificación jurídica de los hechos. Así si llevamos las garantías del derecho de defensa hasta el propio inicio de la investigación que se dirige contra una persona, podemos retrasar esa imputación formal del juez, pero como decimos, siempre que durante la investigación se haya informado al investigado y se le haya permitido ejercer su derecho defensa en toda su amplitud.

No obstante, afirma RODRÍGUEZ LAINZ que “la situación de imputado no depende de una a modo de declaración de voluntad receptiva, es decir, de la puesta en conocimiento de la persona imputada del hecho de la imputación, sino de la decisión judicial que así lo aprecie explícita o implícitamente en el curso de un proceso”<sup>381</sup>. De donde se desprende un retraso en la posibilidad de ejercer el derecho defensa, pues si bien el denunciado, aun no imputado, puede personarse en el proceso y ejercer desde ese momento su derecho de defensa, lo mismo no ocurre cuando nos encontramos ante una investigación preprocesal del Ministerio Fiscal o de la policía, donde el retraso en la imputación puede conllevar una conculcación del derecho de defensa. A mayor abundamiento, en los actuales juicios rápidos, de la fase policial se pasa casi de forma directa a la citación para juicio, por lo que se hace imprescindible que la misma policía informe de la imputación que se realiza contra el denunciado, para permitirle así una defensa adecuada, pues la celeridad procesal no puede conseguirse a costa de la merma del derecho defensa.

---

<sup>381</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: La actuación del Juzgado de Guardia en la fase de investigación para el enjuiciamiento rápido de delitos y faltas, Diario La Ley nº 5774, Año XXIV, 6 Mayo 2003, ref.<sup>a</sup> D-106, pág. 1364.



## 2.2. Declaraciones del investigado

La declaración del imputado<sup>382</sup> de un delito constituye no sólo una actividad propia de la investigación penal, sino también una premisa en el ejercicio del derecho de defensa, es el derecho a ser oído, a poner en conocimiento del investigador la versión de los hechos del imputado, de tal forma que su versión pueda ser contrastada, investigada y si así fuere corroborada por otras diligencias, que puedan incluso evitar el juicio oral.

Pues bien, aunque nuestro proceso penal distingue entre declaración para ser oído y declaración indagatoria (en la que ya se ha dictado previamente auto de procesamiento), lo cierto es que en ambas declaraciones son de aplicación los mismos preceptos legales (arts. 385 a 409 LECRIM), por lo que podemos adelantar que resulta un tanto inútil distinguir entre ambas formas de declaración, por cuanto en realidad de lo que hablamos no es más que de la declaración del imputado, con independencia de la fase de la instrucción o investigación en la que nos encontremos, y que por otra parte no debemos olvidar que tales manifestaciones no constituyen pruebas de cara al juicio oral, y por tanto su valor es meramente de investigación. En este sentido se pronuncia GIMENO SENDRA al manifestar que “la declaración indagatoria no es acto de prueba, sino un acto de aportación de hechos a la instrucción con un doble y simultáneo contenido: de un lado, participa de la naturaleza de los actos de investigación, porque como su nombre indica está dirigido a indagar o averiguar los hechos punibles (art. 385), pero, por otro, se erige

---

<sup>382</sup> O del *investigado*, siguiendo la nueva terminología de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

también en acto de defensa privada porque, a través de la indagatoria, puede el imputado exculparse de la imputación sobre él existente”<sup>383</sup>.

Precisamente por este motivo, y dejando a un lado la declaración que presta el detenido, que por su propia condición requiere la presencia del juez de instrucción por ser quien va a decidir sobre su situación personal, el hecho de que la declaración deba llevarse a cabo ante el Juez (como así marca el art. 385 LECRIM) es algo que no se justifica plenamente, pues está previsto así más por ser juez investigador que por ser juez.

Por tanto, la declaración debería realizarse siempre ante el investigador. Se trata de oír en fase de investigación al investigado, pero como tantas veces ocurre en la práctica tal declaración suele hacerse ante el funcionario del juzgado de turno, que no es policía, no es Fiscal y no es Juez. Esta práctica forense motivada por la falta de medios de los Juzgados y por la necesidad de agilizar trámites a veces sencillos o superfluos, nos lleva a plantearnos la innecesariedad de que tal declaración se preste en presencia judicial. Pero es que además, lo lógico es que se declare ante quien investiga, porque es éste quien necesita de esos datos obtenidos de la declaración para continuar la investigación. Por ello, resultan absolutamente absurdas las declaraciones ante funcionarios judiciales, pues de ellas nada de provecho obtiene el investigador, el cual tan sólo de la apreciación directa del imputado puede obtener datos objetivos que impulsen la investigación.

Así, lo procedente sería que la declaración se prestase ante quien haya de seguir investigando, y sólo cuando la investigación esté cerrada

---

<sup>383</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 382.

procedería acudir al órgano jurisdiccional en busca de la decisión que permita acceder al juicio oral, sería preciso que antes del juicio oral se arbitrara una comparecencia previa ante el Juez (que sería de garantías) que, en suma, debería decidir si la acusación está fundada y existen motivos suficientes para la apertura del juicio oral. De este modo se reforzaría la imparcialidad del órgano que decidiría sobre la continuación del proceso así como el control jurisdiccional sobre la propia fase de instrucción.

Si quien llevase la investigación fuese el Ministerio fiscal, nada impediría que tales declaraciones fuesen realizadas ante él mismo, como director de la investigación<sup>384</sup>. Incluso la posibilidad de declarar ante la policía judicial siempre ha estado presente, si bien casi siempre (y salvo investigaciones complejas directamente encauzadas por la policía judicial) se “invita” al detenido o imputado a declarar ante la autoridad judicial, por ahorro de tiempo y esfuerzo, pero sobre todo por saberse que de poco o nada serviría la declaración prestada ante la policía que debe ser repetida, ante el Juzgado. Asumiendo esta práctica la Ley de Juicio rápido ha previsto que la policía judicial se encargue directamente de citar a los imputados-denunciados no detenidos, o incluso a declarar ante la policía, siempre, eso sí, en presencia de abogado.

Las características y garantías de la declaración del imputado varían en función de la situación personal del mismo, pues no será igual la declaración del detenido que la del que no lo está. Si bien en ambas se hace

---

<sup>384</sup> Así ocurre en la declaración de imputados ante el Ministerio Fiscal que se lleva a cabo en los procesos contra menores al amparo de la Ley de Responsabilidad penal del Menor. En tales casos, la práctica forense nos demuestra que la virtualidad de tales declaraciones es mucho mayor que las que se realizan en sede de instrucción en los procesos penales contra adultos, precisamente porque acerca al investigador-acusador a la realidad de los hechos y a la persona del encausado.

precisa la asistencia letrada, lo cierto es que la declaración durante la instrucción tan sólo tendría un valor meramente investigador. Pero además la declaración del detenido ante el Juez permite que éste tenga acceso directo a la información que le pueda participar el detenido, para así poder decidir con objetividad sobre su situación personal. No obstante, y aunque sea algo difícil de encajar para quien sea el que investigue un determinado hecho delictivo (jueces, fiscales o policía) debemos tener en cuenta que el “acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que pueda callar total o parcialmente o incluso mentir (STC 129/1996 [RTC 1996\129], en sentido similar STC 197/1995 [RTC 1995\197]), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho de la defensa (SSTC 29/1995 [RTC 1995\29] y 197/1995)”. (Sentencia del TC de 2-3-1998. Recurso de Amparo núm. 1323/1996). Pues bien, introducir tal premisa en la conciencia de quien dirige una investigación es ciertamente complejo, pues ineludiblemente quien investiga busca la verdad, que, de base, es enemiga de la mentira, y por tanto, se hace preciso una verdadera abstracción en la mente del investigador de tal forma que su nivel de implicación personal no aflore hasta el extremo de verse condicionado negativamente por una declaración del imputado que *no le convenza*, y ello ocurre, a nuestro entender, con más vehemencia cuanto menor sea la formación jurídica del investigador, que sólo si es una persona formada en convicciones jurídico-procesales garantistas, asumirá con coherencia e imparcialidad la labor de investigar.

A todo lo dicho debemos añadir también el valor que los tribunales vienen atribuyendo a las declaraciones de imputados en función de ante quien las preste. Así, la declaración prestada en sede policial debemos verla y

entenderla como lo que es, una diligencia de investigación, cuya única virtualidad es profundizar en el conocimientos de los hechos delictivos, pero que no está pensada para acceder al juicio oral como prueba de cargo, pues tan sólo la declaración vertida ante el Juez de instrucción puede llegar a tener alguna relevancia en el Juicio oral<sup>385</sup>. No obstante, tampoco debemos pensar que sólo serán interesante las declaraciones que pudieran tener acceso al juicio oral, pues la investigación preprocesal no tiene por qué estar pensando en cómo ejercer la acción penal con garantía de éxito, sino únicamente en la averiguación de la verdad, lo cual desde luego no debe implicar nunca el abandono de las garantías y derechos fundamentales, pues de otro modo se frustraría el proceso penal. Una investigación realizada bajo premisas no garantistas de nada sirve al fin de la Justicia. Y en este punto debemos tener en cuenta que el profundo conocimiento de las normas y garantías procesales y derechos fundamentales debe ser premisa de la actividad policial, pero tal conocimiento está mucho mejor

---

<sup>385</sup> Como afirma el TS en Auto de 9-4-1997, núm. 686/1997 (Recurso de Casación núm. 1091/1996) citando al TC "Es evidente, en primer lugar que las declaraciones prestadas por un co-imputado en las dependencias policiales no pueden ser consideradas como exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba constituida, y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil... sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. En segundo lugar dichas declaraciones prestadas ante la policía tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 de la LECrim por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir en el período procesal que transcurre desde el auto de incoacción del Sumario o de las diligencias previas), hasta el auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policial" (STC 51/1995). En consecuencia concluye que una condena fundada exclusivamente como única prueba de cargo en la declaración inculpatória de un co-acusado ante la policía, no ratificada en presencia judicial, sino desmentida, vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia» (TS, 2.ª, S. 1 diciembre 1995 [[RJ 1995\9032](#)]).

garantizado cuando al frente de la investigación hay alguien con formación jurídica plena (Ministerio Fiscal, Jueces de instrucción,...).

### 2.3. Declaración de testigos

Como afirma ARAGONESES MARTÍNEZ “testigo es la persona física que, sin ser parte del proceso penal, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso (por haberlos presenciado -testigo presencial- o por haber tenido noticia de ellos por otros medios -testigo referencial-)”<sup>386</sup>. Su importancia dentro del proceso penal podemos situarla en dos momentos muy distintos, uno durante la investigación (diligencia de investigación) y otro durante el juicio oral (prueba testifical)<sup>387</sup>. Pues bien, durante la fase de investigación el testimonio de un testigo servirá para perfilar la averiguación de los hechos, y en suma poner a disposición de las partes tales testimonios para que, llevados al juicio oral, puedan servir de base para dictar tanto sentencia absolutoria como condenatoria.

Debemos plantearnos si es necesario durante la fase de investigación que la declaración se preste ante un juez, y a nuestro modo de ver, lo ineludible es que la declaración del testigo se preste ante quien dirija la investigación. Lo verdaderamente importante no es que tales declaraciones se realicen ante el juez de instrucción, sino que tales declaraciones se lleven

---

<sup>386</sup> SARA ARAGONESES MARTÍNEZ, en el manual DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1995, pág. 344.

<sup>387</sup> Afirma MORENO CATENA que “el testigo a quien se ordena comparecer Durante la investigación no viene desde luego al procedimiento para formar la convicción del juzgador (finalidad propia de un medio de prueba), porque, como bien se sabe, no existe entonces acusación y, por tanto, no puede haber enjuiciamiento” en el Manual de GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 288.

a cabo con contradicción, esto es, con la defensa y acusación presentes (si están personadas), pues sólo tales declaraciones permitirán el correcto ejercicio de la acción penal y el derecho de defensa. No obstante, las diligencias de investigación, y entre ellas la testifical, permiten al Juez realizar el acto formal de imputación, esto es, en suma, procesar, y por tanto, tales diligencias deben llegar a quien en última instancia ha de decidir sobre la continuación del proceso penal, y la apertura de juicio oral. Si bien la declaración testifical podría ser practicada ante el Juez o ante el Fiscal, lo cierto es que de cara a la toma de decisiones jurisdiccionales durante la instrucción, el contenido de tales declaraciones debe llegar al Juez, por ser el único modo de adoptar una decisión imparcial sobre la continuación del proceso.

Pero en nuestro sistema actual en el que la dirección de la investigación e instrucción radica en el Juez de Instrucción, y ante quien, en teoría, deben realizarse las diligencias de investigación, las declaraciones testificales se realizan con dos grades déficit, en primer lugar porque en muchos casos se llevan a cabo ante funcionarios judiciales (sobre todo en la mayor parte de los delitos de escasa entidad), lo que hace engrosar los autos sin mayor virtualidad que la de ofrecer a un Fiscal absolutamente ajeno al tema, ciertas posibilidades para mantener la acusación; y en segundo lugar, porque se practican sin la presencia de la defensa en la mayoría de los casos, que aún personada no se le notifica la práctica de la declaración, lo cual no sólo desmerece la propia investigación, sino que impide que tales declaraciones tengan acceso al juicio oral, pues como afirma el TC “En principio, y agotados los medios que la Ley procesal ofrece para hacer comparecer al testigo al acto de juicio oral, podría admitirse la lectura de su declaración sumarial. Sin embargo, tal y como hemos expuesto, nos encontramos con declaraciones que no fueron prestadas en la instrucción

con las garantías de contradicción que exige la doctrina constitucional para que puedan ser consideradas como prueba preconstituida reproducible en el acto de juicio oral mediante su lectura. Ese vicio de origen (en el sumario) daña cualquier intento de reproducción válida y eficaz (en el juicio oral)”<sup>388</sup>.

Todos estos factores convierten, en ocasiones, en un auténtico despropósito las declaraciones testificales en fase de instrucción, lo cual afortunadamente no se repite en el juicio oral, momento éste en el que la prueba testifical muestra toda su virtualidad bajo premisas de contradicción, oralidad, publicidad y defensa. Con ello no queremos quitar importancia a la declaración testifical como diligencia de investigación, simplemente queremos llamar la atención de que su viciada práctica, en muchas ocasiones, impide que su valor como diligencia despliegue todos sus efectos, pues no olvidemos que la instrucción puede desembocar en el juicio oral, pero también en el sobreseimiento, y si la instrucción se realizara correctamente podrían evitarse juicios innecesarios, pero para ello se hace necesario que las diligencias de investigación se lleven a cabo siempre (y no sólo en casos sonoros) ante quienes dirigen la investigación, y además ante quienes tienen que ejercer la defensa o la acusación.

Ello nos lleva a plantearnos la importancia de que la declaración se preste ante quien investigue, con independencia de que sea el juez o el fiscal, pero siempre con participación de la defensa.

---

<sup>388</sup> Sentencia del TC de 27-2-1997, núm. 40/1997. Recurso de Amparo núm. 4445/1995. BOE 1-4-1997, núm. 78 (suplemento).



Debemos señalar finalmente que las declaraciones testificales realizadas ante la policía constituyen tan sólo modos de averiguación, pero su carácter extraprocesal impide su valoración como pruebas<sup>389</sup>.

Por tanto, ¿cuándo sería ineludible la presencia del Juez en una declaración testifical durante la instrucción? Tan sólo en casos de prueba preconstituida o anticipada, pues en tales casos tales declaraciones pueden acceder al plenario como verdaderas pruebas, y por tanto, con virtualidad suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia en el plenario. Máxime si tenemos en cuenta la reforma de la LECRIM introducida por la Ley 38/02 de 24 de Abril, que en aras de la celeridad no exige que el Juez interroge nuevamente a testigos que ya han podido declarar ante la policía, y cuyas declaraciones constan en el atestado, dejando su interrogatorio para el juicio oral. Se trata de no dilatar de forma innecesaria la tramitación de la instrucción, pues como afirma RODRÍGUEZ LAINZ, “las riturias ratificaciones de agentes intervinientes en la confección del atestado y las igualmente reiterativas ratificaciones de testigos cuando sus

---

<sup>389</sup> Afirma el TC que “las diligencias policiales previas al proceso carecen de valor probatorio. Aunque, esta regla ha sido objeto de algunas matizaciones con respecto a determinadas actuaciones del atestado que, por respetar las exigencias de la prueba preconstituida, es fuente de datos objetivos e irrepetibles [SSTC 107/1983 (RTC 1983\107), 201/1989 (RTC 1989\201), 138/1992 (RTC 1992\138) y 303/1993 (RTC 1993\303)], tratándose de las declaraciones realizadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que «las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales» [STC 217/1989 (RTC 1989\217)]. Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria”. Sentencia del TC de 14-3-1994, núm. 79/1994. Recurso de Amparo núm. 2053/1991. BOE 14-4-1994.

manifestaciones sean objetivamente precisas y sin quiebras, deberán ser dejadas, en principio, para el Plenario, impidiendo así la saturación del horario del servicio de guardia a riesgo de dejar sin atender asuntos de mayor importancia”<sup>390</sup>.

#### 2.4. Agentes encubiertos

La actividad de investigación consistente en la infiltración de un funcionario de la policía judicial en organizaciones criminales en aras a la averiguación de hechos delictivos constituye, sin duda, uno de los modos de investigación más necesarios de cara a la lucha contra la delincuencia organizada. Sin duda, los problemas que tales investigaciones conllevan suelen ser grandes, no sólo por el lógico peligro del agente infiltrado, sino por las repercusiones que para el mismo puede tener la actuación delictiva en la que puede verse envuelto. Así, y previendo tales problemas el art. 282 bis.5 LECRIM exonera de responsabilidad criminal a tales agentes respecto a sus actuaciones en el desarrollo de la investigación, y ello siempre que guarden proporcionalidad y no constituyan provocación al delito.

Como afirma GASCÓN INCHAUSTI el “agente encubierto” al que se refiere la LECRIM debería denominarse “Infiltrado policial”<sup>391</sup>, y es un sistema de investigación debe sustentarse en el respeto a los derechos fundamentales, y desde luego debe realizarse con una serie de garantías. Por ello, no parece razonable que la propia policía por iniciativa propia pueda

---

<sup>390</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: La actuación del Juzgado de Guardia en la fase de investigación para el enjuiciamiento rápido de delitos y faltas, Diario La Ley nº 5774, Año XXIV, 6 Mayo 2003, ref.<sup>a</sup> D-106, pág. 1.369.

<sup>391</sup> Porque se trata de “un funcionario de la Policía judicial que desarrolla una labor de infiltración a instancia del poder público a los fines de la persecución procesal penal del delito”. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: *Infiltración policial y agente encubierto*, 2001, pág. 14.

llevar a cabo este tipo de infiltraciones sin tener que dar cuentas a nadie. Se hace necesario que una instancia superior y alejada del superior jerárquico de la policía sea quien autorice este tipo de actuaciones. Pero ¿es necesario que tal actuación venga refrendada por un Juez? Nuestra LECRIM en su art. 282 impone que tal modo de investigación venga autorizado o bien por un juez o bien por el Ministerio Fiscal, este último *dando cuenta inmediata* al Juez. Dar cuenta, implica tener informado, pero no recabar autorización o convalidación, por tanto nuestra LECRIM prevé que tales autorizaciones puedan venir tanto del Juez como del Ministerio Público, por lo que no es absolutamente necesario una autorización de ámbito jurisdiccional para poder llevar a cabo este tipo de investigaciones. Y ello, con independencia de que si en el curso de la investigación se hace necesario la intervención de comunicaciones, entradas y registros, etc, se recabe obligatoriamente la correspondiente orden judicial.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en cierto modo toda operación policial en la que se introduzca un agente encubierto como modo de averiguación de hechos criminales implica de facto una intervención cuando menos en el derecho a la intimidad, de ahí que no sea muy coherente esa postura mantenida por la LECRIM en el sentido de no exigir autorización judicial, sino tan solo un *dar cuenta* al Juez. Así, no parece éste el camino seguido por el Anteproyecto de LECRIM que en sus arts. 406 y ss. tratan el tema del agente encubierto. Dicho Anteproyecto convierte en necesaria la autorización judicial de este medio de investigación, imponiendo al Fiscal la obligación de instar la medida y con la obligación del agente de informar tan pronto como le sea posible al Ministerio Fiscal. Se configura así un sistema más garantista que pretende convertir la actuación del agente encubierto en algo más formal, con un claro amparo jurisdiccional, de tal forma que lo averiguado bajo este medio

de investigación no se haga a costa de derechos fundamentales sin una previa autorización judicial.

Finalmente debemos mencionar la reforma que en esta materia ha operado la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*. Así, tal y como explica la propia Exposición de Motivos de la citada Ley “de una parte se prevé la posibilidad de que los agentes encubiertos puedan obtener imágenes y grabar conversaciones, siempre que recaben específicamente una autorización judicial para ello; y de otra, se regula la figura del agente encubierto informático, que requiere autorización judicial para actuar en canales cerrados de comunicación (puesto que en los canales abiertos, por su propia naturaleza, no es necesaria) y que a su vez, requerirá una autorización especial (sea en la misma resolución judicial, con motivación separada y suficiente, sea en otra distinta) para intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación”. Dicha reforma lo que hace en realidad es adaptar a los tiempos la figura del agente encubierto, permitiendo investigaciones en las que se aprovechen los avances tecnológicos y a su vez se garanticen, con el preceptivo control judicial, los derechos de las personas investigadas.

## 2.5. Cuerpo del delito e inspección ocular

El título V de la LECRIM (“De la comprobación del delito y de la averiguación del delincuente”) engloba estas dos vertientes de la investigación penal, imponiendo como obligación del Juez de instrucción la

recogida de vestigios y la descripción de todo lo que pueda tener que ver con el delito cometido<sup>392</sup>.

El cuerpo del delito se define doctrinalmente como “el conjunto de materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también cualquier otra cosa que sea efecto inmediato del mismo o que se refiera a él de tal modo que pueda ser utilizado para su prueba”<sup>393</sup>, debemos situarlo como medio de investigación necesario e ineludible para la averiguación de los hechos.

En este asunto la LECRIM fue reformada por la Ley 13/2009 de 3 de Noviembre configurando un sistema más racional y acorde con los tiempos y con las nuevas competencias del Secretario judicial. Anteriormente se encomendaba al Juez de Instrucción la recogida de armas, instrumentos o efectos de cualquier clase relacionados con el delito. Evidentemente tal labor no era llevada a cabo normalmente y de forma personal por el Juez, primero porque no suele ser el primero en llegar al lugar donde supuestamente se ha cometido el delito, labor que realiza la policía, y segundo, porque resulta cuando menos poco operativo que los jueces tuvieran que recoger los instrumentos y efectos de cualquier delito. Curiosamente y pese a que la LECRIM se pronunciaba en los términos expresados, era significativo el art. 11.1 g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de Marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pues especifica que entre las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se encontraba

---

<sup>392</sup> Art. 326 LECRIM “Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho”.

<sup>393</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ SARA, en el manual DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1995, pág. 332.

“investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes”.

En la actualidad y conforme a la citada Ley de 13/2009, de 3 de Noviembre, el art. 334 LECRIM expresa que el Juez *ordenará recoger*, suprimiendo la desafortunada expresión “el Juez de Instrucción procurará recoger”. Igualmente se amplía la actuación del Secretario judicial pues a él le compete extender diligencia de las distintas circunstancias en que es hallado el cuerpo del delito.

El Tribunal Supremo incidiendo en el tema que nos ocupa, puso de manifiesto, siguiendo la doctrina del TC, que “El Tribunal Constitucional en Auto 108/1995, de 27 marzo, reitera, respecto a la prueba preconstituida, la doctrina expresada al afirmar que «siempre que haya urgencia en la recogida de elementos y efectos integrantes del cuerpo del delito, la policía judicial está autorizada por el ordenamiento, en cumplimiento de una función aseguratoria de tales elementos de prueba (artículos 282 y 292 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia, que tendrán el valor de prueba preconstituida aun cuando no estuvieran presentes en la correspondiente diligencia los ocupantes del vehículo debidamente asistidos por sus Abogados»”<sup>394</sup>. Por tanto, la razón de urgencia, permite a la policía una intervención en la investigación de mayor relevancia en cuanto al acopio de material probatorio se refiere y a su relevancia como prueba para el juicio,

---

<sup>394</sup> Sentencia del TS de 28-11-1997, núm. 1492/1997. Recurso de Casación núm. 1939/1996

lo cual es bastante lógico, primero porque la policía tiene una mayor inmediación ante el hecho delictivo, y segundo porque, en suma, no podemos olvidar, que la policía, como funcionarios públicos están sometidos al principios de legalidad en su actuación, y no puede dudarse por principio en la regularidad de su actuación.

Así pues esa labor respecto al cuerpo del delito que la LECRIM encomienda al Juez parece haberse venido a atribuirse a la Policía, y ello con buen criterio pues la inmediatez de ésta respecto al hecho delictivo conlleva una mayor aproximación a la realidad de lo ocurrido, lo cual, elevado al atestado elaborado al efecto, hará más fácil de descubrir al autor del delito. Precisamente por este motivo se justifica que puedan ser las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad quienes custodien los cuerpos del delito, pues como afirma el TS “la Ley de Enjuiciamiento no impone la exigencia de que el cuerpo y los instrumentos o efectos del delito se encuentren de modo permanente tuteladas por el Juez de Instrucción, si ello ha de entenderse que ha de llevarse a cabo únicamente en las dependencias judiciales y bajo el directo control de los funcionarios del Juzgado. Es notorio que no son pocas las dependencias judiciales carentes de las suficientes medidas de seguridad, lo que ha justificado en determinados casos la utilización de cajas de seguridad ajenas a las mismas. Es igualmente notorio que las armas intervenidas en las actuaciones judiciales suelen quedar bajo la custodia de la Intervención de la Guardia Civil”<sup>395</sup>.

Lo que queremos poner de manifiesto es que la labor de “*recogida*” de “*armas, instrumentos y efectos*” del delito, así como de su custodia, puede ser realizada con eficacia por la policía, sin necesidad de

---

<sup>395</sup> Sentencia del TS de 3-5-1996, núm. 381/1996. Recurso núm. 1164/1995.

intervención del Juez. Entendemos igualmente que la intervención del Juez será necesaria cuando de lo que se trate sea de destruir “*instrumentos, armas o efectos*” pues en tales casos se hace necesario que la autoridad judicial convalide y reafirme la previa existencia de lo destruido, que en todo caso deberá llevarse a cabo previa intervención de las partes (acusadoras y defensa) bajo premisas de contradicción. Como pone de manifiesto el art. 367 ter LECRIM se exige dar audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario o persona a la que le fue intervenida antes de proceder a la destrucción de las drogas y siempre conservando muestras suficientes para ulteriores análisis o comprobaciones.

Estas precisiones que la jurisprudencia ha venido matizando para hacer más operativas las investigaciones han sido tenidas en cuenta para la redacción del Anteproyecto de LECRIM pues ciertamente se aboga claramente porque sea la Policía judicial quien se encargue de tales menesteres (arts. 349 y ss.)<sup>396</sup>, configurándose un sistema más dinámico y ágil que pretende descargar al Juez de estas obligaciones y estableciendo una clara competencia policial y del Ministerio Fiscal.

Precisemos también que en lo que respecta al levantamiento de cadáveres, el art. 778.6 LECRIM<sup>397</sup> recoge que “el juez podrá autorizar al médico forense que asista en su lugar al levantamiento del cadáver, adjuntándose en este caso a las actuaciones un informe que incorporará una descripción detallada de su estado, identidad y circunstancias,

---

<sup>396</sup> Art. 349.1 Anteproyecto LECRIM: “La policía Judicial se constituirá en el lugar en el que se encuentren los vestigios o rastros materiales de la perpetración del delito para proceder a examinarlos y recogerlos”.

<sup>397</sup> Según redacción dada por la Ley 15/2003 de 25 de Noviembre, por la que se modifica el Código penal, Disposición final primera.



especialmente todas aquellas que tuviesen relación con el hecho punible”. Ciertamente y con buen criterio se ha habilitado tal posibilidad, pues el levantamiento del cadáver, si se realiza adecuadamente por persona competente, hace innecesaria la presencia física del Juez<sup>398</sup>.

Dentro de las diligencias de comprobación del cuerpo del delito, se encuentra también la autopsia, que constituye un examen anatómico del cadáver que trata de dilucidar las causas de la muerte. Indudablemente se hace necesaria en aquellos casos de muerte violenta, pero la Ley exige que se practique “aun cuando por la inspección exterior pueda presumirse la causa de la muerte”<sup>399</sup>, con la salvedad que recoge el art. 785 f) LECRIM para el procedimiento abreviado en el que el Juez podrá acordar que no se practique autopsia cuando el facultativo determine la causa de la muerte sin necesidad de aquella.

Debemos plantearnos ante qué clase de diligencia de investigación nos encontramos, pues lo cierto es que se trata de una diligencia de carácter médico que pretende obtener información de las causas de la muerte de un individuo, lo que evidencia su carácter de prueba pericial. Por ello, y aunque la LECRIM pretende que la autopsia sea presenciada por el Juez Instructor (art. 353), parece que no es esto algo absolutamente necesario dado que poco o nada va a aportar la presencia de un juez en un estudio anatómico forense. Precisamente la LECRIM permite al Juez delegar en la policía judicial su presencia en la autopsia. Esto nos lleva a pensar que si

---

<sup>398</sup> El ya mencionado Anteproyecto de LECRIM regula en su art. 353 los supuestos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad y establece que el Fiscal debe asistir al levantamiento del cadáver, descargando al Juez de tal competencia, evidenciándose por tanto que nos encontramos ante una actividad propiamente investigadora que no exige intervención jurisdiccional.

<sup>399</sup> Art. 343 LECRIM.

bien se trata de una diligencia de investigación estrictamente necesaria, resulta muy discutible la necesidad de que se haga siempre en presencia del Juez instructor. Lo importante es por un lado, garantizar que tal diligencia se practique por un facultativo imparcial y especializado con conocimientos suficientes desde un punto de vista médico-legal, y por otro, que las partes (tanto defensa como acusación) tengan la posibilidad de instar la presencia de diferentes especialistas durante la práctica de la autopsia.

Finalmente diremos que especial mención tiene hoy en la LECRIM la recogida de vestigios cuyo análisis biológico pueda esclarecer los hechos. Así, la Ley 15/2003 de 25 de Noviembre, por la que se modifica el Código penal, introdujo en su Disposición final primera un nuevo párrafo en el art. 326 LECRIM del siguiente tenor: “cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el art. 282”. Tal previsión viene probablemente determinada por la importancia que en la investigación moderna pueden tener las pruebas biológicas, por lo que parece que el legislador ordena al Juez de instrucción un control exhaustivo de las mismas, en aras de una mejor y eficaz investigación, pero ello sin perjuicio de la labor de recogida de los efectos, instrumentos o pruebas del delito que la LECRIM continúa encomendando a la Policía Judicial, al amparo de lo establecido en el art. 282 LECRIM<sup>400</sup>.

---

<sup>400</sup> Como afirma ETXEBERRIA GURIDI “una interpretación lógica de ambos preceptos permitiría sostener que la Policía Judicial no podría realizar por sí los análisis genéticos, sino limitarse a recoger los vestigios que pudieran desaparecer para ponerlos a disposición judicial. Por si pudiera

Por otro lado, y por lo que respecta a la inspección ocular, el art. 326 de la LECRIM también fue modificado por la Ley 13/2009, de 3 de Noviembre, racionalizando la posición del Juez en la instrucción en lo que respecta a esta diligencia se refiere pues cambia de la expresión el “Juez instructor o el que haga sus veces los recogerá y conservará para el juicio si fuera posible...” a la expresión el “Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio si fuera posible...”, de tal modo que parece querer descargar al Juez de una labor ciertamente policial.

Podemos definir la inspección ocular como el reconocimiento por el Juez “o el que haga sus veces”<sup>401</sup> del lugar donde supuestamente se comete un delito, para proceder a su descripción en el más amplio sentido, lo que nos lleva a pensar, al menos de entrada, que nos encontramos ante una diligencia de investigación que debe ser llevada a cabo por quien sea el director de la investigación del delito. Curiosamente la LECRIM exige que tal inspección sea llevada a cabo por el Juez o “por el que haga sus veces”. Pero, ¿quién hace sus veces? Podríamos pensar en la figura del Secretario judicial, persona encargada de dar fe, por lo que su presencia ofrecería garantías de imparcialidad. Pero por otra parte, el Secretario es normalmente alguien bastante ajeno a la investigación criminal, por cuanto

---

resultar de ayuda, el Borrador contenía una previsión similar en el sentido que apuntamos, esto es, limitando la labor de la Policía Judicial por propia iniciativa a la tarea de recogida de los vestigios: <<en los casos de peligro de desaparición o destrucción de los vestigios biológicos, la Policía Judicial deberá proceder a la recogida de los mismos poniéndolos a disposición de la autoridad judicial>> (art. 5.1.II)”. ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: *Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)*. La Ley Penal. Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciaria. Nº 4, Abril 2004. Estudios Monográficos.

<sup>401</sup> Art. 326 LECRIM.

su labor no está encaminada en tal sentido, por tanto sus conocimientos sobre investigación no suelen ser los mismos que los del Juez instructor. Entonces, ¿quién hace las veces? La LECRIM ofrece al Juez la posibilidad de delegar su función en la Policía judicial, que normalmente contará con los medios técnicos adecuados para que la inspección se lleve a cabo con el rigor necesario., pero también puede ser el Ministerio Fiscal el que “*haga sus veces*”, pues con la presencia del Ministerio Público, se garantiza un mayor seguridad sino también una mayor imparcialidad en toda actuación que venga realizada en su presencia.

Lo cierto es que la presencia del Juez en la inspección ocular plantea serias dudas de viabilidad, pues la saturación de asuntos en los Juzgados hace más que discutible la práctica de tales diligencias, que suelen ser dejadas por los Jueces para casos especialmente relevantes, y no como una diligencia más de investigación. Normalmente los Jueces de instrucción se sirven de los atestados que al efecto elabora la policía, donde se hacen constar y se describe todas las circunstancias que rodean el lugar del delito.

El problema se plantea en la consideración que la inspección ocular debe tener de cara al juicio oral, pues, aunque indudablemente la inspección ocular sirve a la investigación de los hechos, no es menos cierto que también puede constituir prueba en el juicio oral, se trataría de prueba sumarial anticipada. Es por ello por lo que la propia LECRIM para la inspección ocular señala que deberán consignarse “todos los demás detalles que puedan utilizarse tanto para la acusación como para la defensa” (art. 326 LECRIM in fine)<sup>402</sup>.

---

<sup>402</sup> Como afirma CORTES DOMÍNGUEZ “dicho artículo establece que el órgano judicial describirá el lugar del delito, el sitio y el estado en que se hallen los objetos que en el se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones o, añade al importantísimo y

Pues bien, planteada la inspección ocular en los términos expuestos debemos llegar a la conclusión de que en principio y realizada por el encargado de la investigación, sin que sea necesaria la presencia del Juez, no es más que una mera diligencia más dentro de la investigación; pero en circunstancias excepcionales y si pretendemos constituir la como prueba anticipada, cambia el panorama, pues es entonces cuando se hace ineludible la presencia del Juez y de las partes<sup>403</sup>. No obstante, y pese a ello, en nuestra opinión la inspección ocular constituye más una diligencia de investigación que excepcionalmente puede acceder al plenario siempre que se realice con las garantías antes expuestas, y que en todo caso como afirma VILLAGÓMEZ CEBRIAN “no excluye que las partes puedan también pedir la reproducción de esta diligencia ante el tribunal sentenciador. En tales casos, la solicitud deberá contenerse en los escritos de calificaciones provisionales, y la diligencia deberá realizarse antes del inicio de las sesiones –como prueba anticipada- conforme a los artículos 657 y 792.1 (la suspensión del juicio –a que se refiere el art. 746.2- de ser excepcional)”<sup>404</sup>.

Lógicamente una inspección ocular acordada por el juez o tribunal sentenciador aunque en ocasiones puede tener su razón de ser, puede en

---

todos los detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa, lo que da idea de que para el legislador es un medio probatorio que se dirige no sólo a posibilitar la acusación, en su caso, sino la absolución o la condena”. CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín, en el manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal* Tomo II Proceso penal. Valencia, 1993, pag. 416.

<sup>403</sup> La sentencia del TC de 25 de Septiembre de 1989 dice textualmente “la inspección ocular practicada sin la necesaria contradicción no produce el efecto de prueba anticipada y obliga a considerarla como simple acto de investigación”.

<sup>404</sup> VILLAGÓMEZ CEBRIAN Marco A.: *Valor probatorio de las diligencias de instrucción en el proceso pena: análisis jurisprudencial*, Revista de Derecho y Proceso Penal, Aranzadi, Año 2001-1, nº 5, pág. 100.

otros casos resultar del todo inútil, pues, dado el tiempo que normalmente transcurre desde la comisión del delito hasta el juicio, el lugar de comisión del delito ha podido cambiar tanto que tal prueba quede del todo desvirtuada. Por ello, entendemos que sólo cuando el lugar de los hechos pueda cambiar y hacer inútil la inspección será lícito elevar a la categoría de prueba anticipada la inspección ocular practicada por el juez instructor, en otros casos debe ser el juzgador el que la practique en aras de la salvaguardia de la inmediación y contradicción, y en suma del respeto al derecho de defensa.

Dentro de este apartado debiéramos hacer mención del valor que puede otorgarse a las grabaciones de video o fotografías incorporadas a los autos dentro de la investigación, pues lo cierto es que resultan también un modo útil de llevar al procedimiento una serie de datos que a vistas del tribunal sentenciador puede llegar a tener categoría de prueba. Tales videos o fotos pueden valer como prueba si se llevan a cabo sin vulneración del derecho a la intimidad o dignidad de las personas, y como afirma VILLAGÓMEZ CEBRIAN “en todos estos casos, no se precisa autorización judicial. Como dice la STS de 17 de Julio de 1998, los vídeos no suponen una prueba distinta de una percepción visual. De igual modo, la captación de imágenes mediante fotografías no precisa autorización judicial... siempre que se realice con respeto a la intimidad e inviolabilidad del domicilio (STS de 4 de Julio de 1998)”<sup>405</sup>. Con ello queremos poner de manifiesto que, ciertamente y cuando la inspección ocular se limita a una visualización del lugar de los hechos, puede ser mucho más útil de cara a la investigación y de cara al juicio oral, la toma de vídeos o fotografías, más que la descripción que, aunque pormenorizada, pueda realizar un juez, no

---

<sup>405</sup> *Idem*, pág. 107.

siendo trascendente que tales grabaciones sean llevadas a cabo por la policía o por orden del Ministerio Público.

## 2.6. Métodos alcoholométricos

Estos métodos de investigación permiten averiguar si la persona que es sometida a la prueba de alcoholemia conducía un vehículo bajos los efectos del alcohol. Ciertamente, en lo que a nuestro estudio concierne, lo que debemos plantearnos es si se trata de un medio de investigación o de prueba, si se ven afectados derechos fundamentales, y en qué medida debe ser una diligencia practicada u ordenada por autoridad judicial.

Debemos señalar que la virtualidad de tales diligencias de comprobación radica precisamente en su inmediatez, y por tanto, en el hechos de que se lleven a cabo en el mismo momento en el que la policía realiza el control y requiere a la persona ha someterse a la prueba. Si exigiéramos una orden judicial que así lo autorizase, no sólo dejaríamos sin contenido la virtualidad de la diligencia, sino que estaríamos exigiendo un control judicial innecesario y superfluo que en nada contribuiría a la correcta Administración de Justicia. Entendemos, por tanto, que no es necesaria la intervención del Juez de instrucción en la práctica de tales diligencias de investigación. Así el TC ha afirmado que “la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito”<sup>406</sup>. Lo cual, nos lleva a pensar que ciertamente constituye una actividad propia

---

<sup>406</sup> Sentencia del TC de 19-9-1994, núm. 252/1994. Recurso de Amparo núm. 249/1993.

de investigación, por cuando está sometida a la actividad policial, sin necesidad de control por parte de la autoridad judicial.

La afectación de derechos fundamentales en la realización de tales pruebas de control alcoholométricos ha sido tratada por la doctrina<sup>407</sup>, y aunque no existe uniformidad de opiniones, a nuestro juicio podemos afirmar que: en primer lugar, cuando se exige a una persona el sometimiento a este tipo de pruebas, se está restringiendo en cierta medida su libertad de movimientos, con afectación por tanto del art. 17 CE, pues lo cierto es que no deben existir situaciones intermedias entre la detención y la libertad, aunque ello no implique necesariamente que sean predicables para la práctica de tales pruebas de alcoholemia las mismas garantías aplicables a una persona detenida<sup>408</sup>. Lo cierto es que una persona a la que se le insta a realizar la prueba de alcoholemia está siendo compelida bajo la amenaza de la detención, que sería la consecuencia a su negativa a someterse a la misma. Pese a ello, el justo equilibrio entre el necesidad de dotar de seguridad al tráfico de vehículos, por las graves repercusiones que el consumo de drogas o alcohol tiene en la vida e integridad de la personas, y el amparo de los derechos del ciudadano sometido a la prueba, parece razonable que se permita su práctica en los términos establecidos en la legislación vigente<sup>409</sup>. En segundo lugar, no parece que la práctica de tal diligencia afecte a los derechos a no confesarse culpable y a no declarar

---

<sup>407</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, págs. 462 y ss.

<sup>408</sup> Ver art. 520.5 LECRIM.

<sup>409</sup> En este sentido el TC en sentencia de 2 de octubre de 1997 determinó la constitucionalidad del precepto porque la prueba “no pretende únicamente la detención y evitación de una conducta peligrosa, sino que se dirige instrumentalmente también a la detención y evitación de la comisión de homicidios y lesiones imprudentes”, “la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol no sólo no constituye un comportamiento delictivo autónomo, sino también una forma de comportamiento imprudente que puede lesionar la vida y la integridad física de las personas”.



contra sí mismos, porque en realidad no se trata de una declaración de voluntad, sino de una pericia en la persona sometida a la misma. “La STC 103/1985 afirmaba que «el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución» (fundamento jurídico 3.º; también, STC 76/1990 [RTC 1990\76], fundamento jurídico 10; AATC 837/1988, fundamento jurídico 2.º, y 221/1990, fundamento jurídico 2.º)”<sup>410</sup>.

Cuestión importante también en la materia que nos ocupa es determinar si las pruebas de alcoholemia constituyen medios de investigación o medios de prueba. Como hemos afirmado se trata de diligencias de investigación realizadas por la policía, pero debemos tener en cuenta que se trata de una diligencia irrepetible, por cuanto se hace imposible su práctica posterior, lo que nos lleva a plantear su consideración como prueba preconstituida. Pues bien, la imposibilidad de la intervención en la práctica de la prueba de alcoholemia del órgano jurisdiccional la desvirtúa como prueba para desvirtuar por sí sola la presunción de inocencia, pero lo cierto es que los datos objetivos que la misma prueba contiene y que pueden acceder al juicio oral, permiten su consideración como pericia técnica, y por tanto, valorado en su conjunto con las restantes pruebas, sí puede ser tomado en consideración para fundamentar una sentencia condenatoria. Afirma el TC que “para valorar la suficiencia de

---

<sup>410</sup> Sentencia TC de 2-10-1997, núm. 161/1997. Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 4198/1996.

estas pruebas conviene recordar que, según es doctrina de este Tribunal, «la influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que, consecuentemente, requiere una valoración del Juez en que éste deberá comprobar si en el caso concreto ... el conductor se encontraba afectado por el alcohol», para lo cual han de emplearse todos los medios de prueba obrantes en autos, no siendo imprescindible ni suficiente por sí sola la prueba de impregnación alcohólica [SSTC 148/1985 ([RTC 1985\148](#)) y 22/1988]”<sup>411</sup>.

De todo lo expuesto, podemos concluir que tales diligencias de investigación (pruebas de alcoholemia) y aunque no pueda exigirse en su práctica control y ejecución con intervención jurisdiccional, ciertamente pueden tener valor probatorio en el juicio oral, pero nunca de forma autónoma, pues, por un lado, deben ser valoradas en su conjunto con otras pruebas, y, por otro lado, deben ser reproducidas en el juicio oral, de forma que quede sometida a los principios de contradicción, publicidad, oralidad e inmediación.

## 2.7. Reconocimiento en rueda

La rueda de reconocimiento es propiamente un medio de investigación, una forma de averiguar y asegurar mediante una diligencia ante el perjudicado por la acción delictiva, la identidad del presunto delincuente; por tanto su virtualidad no debe ir más allá que la de constituir un medio de investigación. Idea ésta que ha sido incluso recogida en el Anteproyecto de LECRIM en su art. 244.2, por cuanto define esta diligencia como “fuente de investigación”.

---

<sup>411</sup> Sentencia TC de 19-9-1994, núm. 252/1994. Recurso de Amparo núm. 249/1993.

Lo que sí debe quedar claro es si nos encontramos ante un medio de investigación, su repercusión en el juicio oral debe quedar supeditada a la ratificación en el juicio y a la contradicción que en el mismo se produzca en el interrogatorio del testigo. Como afirma el TC la rueda de reconocimiento como tal, no puede ser válida por sí sola, para desvirtuar la presunción de inocencia<sup>412</sup>.

La importancia de este medio de investigación es clara. No obstante, determinar quienes deben participar en la misma es una cuestión que puede configurar esta fuente de investigación de un modo u otro. Parece claro, y no es algo controvertido que la defensa del imputado debe estar presente siempre, cualquiera que sea el órgano ante la que se lleva a cabo, pues sin ésta se haría gravitar una duda seria sobre la correcta realización de la misma; pero la cuestión que aquí debemos plantearnos es ante quién debiera realizarse: ante el Juez de instrucción, ante el Ministerio Público o ante la policía. Y así, debemos preguntarnos ¿qué valor tendría la rueda de reconocimiento llevada a cabo ante el Ministerio fiscal o ante la propia policía judicial? Entendemos que tales diligencias, como meros medios de investigación, no requieren la presencia del órgano jurisdiccional porque su virtualidad radica en esclarecer la identidad del investigado, lo cual no puede suponer nunca una presunción de culpabilidad por el mero hecho de haber sido reconocido, y en tal caso no estaríamos ante una prueba preconstituida lo que haría innecesaria la presencia del Juez. Basta pensar en cuántos casos un testigo que identifica al acusado en una rueda de

---

<sup>412</sup> “La condena recaída se basó exclusivamente en la identificación que de la recurrente se hizo en la rueda de reconocimiento y no, como es exigible, en una ratificación por los testigos en el acto del juicio oral de las declaraciones prestadas en fase sumarial”. Sentencia TC de 25-9-1996, núm. 148/1996.

reconocimiento, no es capaz de mantener tal afirmación una vez llegado el juicio, por lo que su valor de mera diligencia debe quedar claro.

No obstante, tal planteamiento no está exento de problemas, pues como afirma CORTES DOMÍNGUEZ “esta diligencia sumarial, por su propio carácter es inidónea y atípica para ser practicada en el juicio oral; y, en muchas ocasiones, dado el tiempo que transcurre desde que ocurrieron los hechos hasta que se celebra el juicio, se hace prácticamente imposible que en éste pueda reconocerse a la persona que realizó los hechos”<sup>413</sup>. Y aunque pudiera ser así, y teniendo en cuenta que se trata de una diligencia de investigación y que su virtualidad radica en permitir la identificación del acusado durante la instrucción, no podemos obviar la importancia de la ratificación en el juicio oral que se hace del todo imprescindible.

Por tanto, el problema que surge inevitablemente es la virtualidad que tendría un reconocimiento en la instrucción que no ha sido posible ratificar en el juicio oral por el propio testigo, y ello simplemente porque no lo recuerda ya con nitidez. Y hay que concluir diciendo que en modo alguno tendría virtualidad como prueba la diligencia de reconocimiento en rueda, pues es en el plenario cuando tal diligencia, una vez ratificada, adquiere plenamente su capacidad probatoria<sup>414</sup>.

---

<sup>413</sup> CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín. En el manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 285.

<sup>414</sup> Así, afirma el TS en Sentencia de 23 de Enero de 2007 (Sala 2ª) que “lo que ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo es que el reconocimiento en rueda constituye en línea de principio una diligencia específica sumarial de difícil práctica en las sesiones del juicio oral por resultar atípica e inidónea (STS. 1531/99 ), pero no que el testigo no pueda reconocer a la víctima directamente en el Plenario e inmediatamente a presencia del Tribunal, de forma que incluso un reconocimiento dudoso en fase sumarial puede ser subsanado mediante uno inequívoco en el Plenario o viceversa cuando en la fase de instrucción se ha producido una rueda de reconocimiento

Parece entonces claro que esta diligencia es perfectamente practicable ante el Fiscal, siendo innecesaria la presencia del Juez, pues incluso con el sistema actual en el que se realiza ante el Juez, dicha diligencia no adquiere valor probatorio si no es ratificada en el plenario<sup>415</sup>.

No obstante, debemos señalar que no es pacífica la doctrina, pues también se ha venido afirmando el carácter de prueba del reconocimiento en rueda, así VILLAGÓMEZ CEBRIÁN afirma que “la determinación de la identidad del delincuente mediante el denominado reconocimiento en rueda (arts. 368-372 LECRIM) se configura por la jurisprudencia como prueba

---

con todas las formalidades legales y el reconociente no ha admitido dudas sobre la identidad del reconocido y en el Plenario las suscita, el Tribunal, previa introducción de dicha diligencia en el juicio oral, puede acoger la que le ofrezca mayor verosimilitud...

También ha señalado la Jurisprudencia (S.T.S. 1230/99 ) que la prueba sobre el reconocimiento no la constituye la diligencia practicada en el sumario, sino el testimonio del identificador en el Plenario ante el Tribunal de instancia, añadiendo que la diligencia de reconocimiento en rueda, aún cuando se practique a presencia del Juez de Instrucción, del Secretario y del Letrado de la defensa, no pasa de ser una diligencia sumarial, pero para que la identificación efectuada en la misma adquiera la condición de prueba de cargo es necesario que, comparecido al juicio oral el reconociente y a presencia del Tribunal, pueda ser sometido al interrogatorio de las partes sobre dicha identificación (STS. 28.11.2003 )...”.

<sup>415</sup> Por ello continúa la Sentencia citada en la nota anterior diciendo que “En efecto, el reconocimiento en rueda -como ya hemos indicado- es una diligencia sumarial que tiene por fin la determinación del imputado en cuanto sujeto pasivo del proceso, y que, para que tenga efecto probatorio, es imprescindible, como regla general que el mismo sea ratificado en el acto del juicio oral por quien hizo el reconocimiento (SSTC. 10/92, 323/93, 283/94, 36/95, 148/96, 172/97, 164/98). En el presente caso, dejando al margen las supuestas irregularidades atribuidas a las diligencias de reconocimiento, a las que luego nos referiremos, es indudable que los reconocimientos valorados en la sentencia de instancia fueron debidamente ratificados por los testigos en el juicio oral, por lo que ninguna reproche cabe hacer, desde la perspectiva constitucional, a la resolución judicial como consecuencia de haber valorado como prueba de cargo los reconocimientos así realizados”.

que puede efectuarse durante la fase de instrucción”<sup>416</sup>. Lo cierto, es que el reconocimiento en rueda no deja de ser una forma apta para la identificación del delincuente, lógicamente necesaria sobre todo al inicio de la investigación, por tanto se hace indiscutible que es en la instrucción cuando debe practicarse; pero no por ello debemos desvirtuar la necesidad de corroborar en el juicio oral dicha diligencia, porque con la mera presencia de los abogados de las partes en la propia rueda no se garantiza la contradicción necesaria para convertir en prueba lo que es mera diligencia de investigación.

### 3. Actividad propia del instructor

Si lo que hemos expuesto se corresponde con la actividad propia del investigador, analizaremos ahora qué aspectos de esta primera fase del proceso penal debe quedar en manos de una persona distinta de quien investiga, porque, como hemos expuesto, se garantiza mejor la imparcialidad de las decisiones que se deban tomar en esta fase. Dijimos, y ciertamente mantenemos, que el investigador debe manejar con imparcialidad la investigación que asume, pero lo cierto, es que humanamente es difícil realizar una investigación sin inmiscuirse hasta el extremo de perder objetividad y por tanto imparcialidad, es precisamente por eso, por lo que se hace necesario que otra figura sea la que intervenga para decidir con clara imparcialidad sobre materias que puedan afectar durante la instrucción los derechos fundamentales, y esta figura debe ser

---

<sup>416</sup> VILLAGÓMEZ CEBRIAN Marco A.: *Valor probatorio de las diligencias de instrucción en el proceso pena: análisis jurisprudencial*, Revista de Derecho y Proceso Penal, Aranzadi, Año 2001-1, nº 5.

irremediablemente un juez. Es el órgano jurisdiccional el que, como hemos estudiado, puede limitar derechos fundamentales, según nuestra Constitución.

Si bien es cierto que la investigación no tiene que estar obligatoriamente en manos de los jueces, no puede decirse lo mismo respecto a la toma de decisiones que afecten derechos fundamentales. Pues si bien toda la investigación podría recaer en el Ministerio Fiscal o la Policía judicial, no podemos decir lo mismo respecto a la resolución de cuestiones en fase de instrucción si ellas conllevan una afectación a derechos fundamentales.

Veamos ahora qué actividades propias del instructor deben quedar en manos jurisdiccionales, partiendo de la premisa de que serán aquellas diligencias que puedan afectar derechos fundamentales de los imputados, y por otro aquellas diligencias que por su carácter se hace imposible su reproducción en el juicio oral, y por tanto deben llevarse a cabo con las garantías propias de esta fase del proceso, para que, aunque practicadas en sede de instrucción, alcancen valor probatorio en juicio. No obstante, podemos matizar que “excepcionalmente se permite realizar alguna actuación policial con proyección probatoria, cuando concurre una razón de urgencia que no permite una inmediata intervención judicial”<sup>417</sup>, lo que viene a determinar que no sólo las diligencias intervenidas por el Juez de instrucción puedan tener acceso al juicio oral, pues cabe esta posibilidad en las intervenidas por la policía, pero siempre “se exige la concurrencia de un requisito más: únicamente es admisible aquella actuación policial que puede

---

<sup>417</sup> CLIMENT DURAN, Carlos: “*La prueba penal*”, Valencia, 1999, pág. 779.

quedar objetivada por estar referida a hechos externos u objetivos, ajenos a cualquier idea de subjetividad o de valoración policial”<sup>418</sup>.

De lo expuesto podemos destacar, por tanto, que el valor del atestado policial no sólo será de mera denuncia, pues los datos objetivos reflejados en el mismo podrán acceder al juicio oral con carácter de prueba, pero lógicamente siempre y cuando se lleven a cabo en ese momento bajo premisas de contradicción, y sometida a los principios que rigen esta parte del proceso.

### 3.1. Prueba anticipada y prueba preconstituida

La distinción entre actos de investigación y prueba en sentido estricto es de vital importancia en el proceso penal, hasta el punto de que vienen siendo dirigidas por órganos distintos (juez de instrucción y juez sentenciador): quien investiga no puede juzgar, y ello incluso como es obvio ni aunque sea un juez el que dirija la investigación, como es el caso del Juez instructor<sup>419</sup>.

---

<sup>418</sup> *Idem*.

<sup>419</sup> Como pone de relieve PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ “los actos de investigación permiten apreciar la posible existencia de algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona (art. 384, I, L.e.cr.), originándose ciertos efectos personales y patrimoniales de carácter aseguratorio o cautelar contra esa persona, y después esos mismos actos son la base de la acusación provisional, pero nada más. Para que dicha persona pueda ser condenada (o absuelta) se requiere la práctica de pruebas en sentido estricto”. Por el contrario “la prueba, como actividad procesal a diferencia de los actos de averiguación de la instrucción sumaria, es la que se desarrolla por los órganos jurisdiccionales y por las partes para obtener la demostración de la verdad de los hechos de la causa, de la participación de los sujetos a quienes se acusa y de todo cuanto se refiere al objeto civil del proceso penal”. PRIETO CASTRO, L. y otro: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1989, págs. 222 y 224.



Por tanto, sólo la prueba practicada en el juicio oral tiene virtualidad para, con base en ella, dictar sentencia condenatoria. Pero, como decimos la prueba debe practicarse ante el Tribunal sentenciador, bajo principios de inmediación, contradicción, publicidad y oralidad. Como afirma el TC «es doctrina consolidada de este Tribunal desde su STC 31/1981 ([RTC 1981\31](#)), que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo por los medios aportados a tal fin por las partes. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la LECrim), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador»<sup>420</sup>.

Así el problema surge cuando durante la investigación se practican diligencias que por su carácter o naturaleza son difíciles o imposibles de repetir ante el tribunal sentenciador, en tales casos es cuando acudimos a la prueba preconstituida o a la prueba anticipada. Pero distingamos ambos tipos de prueba.

---

<sup>420</sup> Sentencia 40/1997 del TC de 27 de Febrero de 1997, cuando otra de STC 217/1989 ([RTC 1989\217](#)), fundamento jurídico 2.º.

En la prueba anticipada “se comprenderían actos de prueba que –por prever que serán irrepetibles en el momento del juicio oral- se practican en la fase de instrucción, con todas las garantías que exige la formación de la prueba... En la prueba preconstituida, en cambio, se incluirían las diligencias de investigación que no pueden reproducirse en el juicio oral. En este caso, a diferencia del anterior, estamos ante simples diligencias de investigación que, en principio, no pueden tener valor probatorio pero que, debido a su absoluta imposibilidad de repetición en el momento del juicio, adquieren valor de prueba suficiente para justificar una sentencia condenatoria”<sup>421</sup>. Lo cierto es que en ambas, y como nota común, vemos que se hace imprescindible la figura de un órgano jurisdiccional ante el cual se desarrolla la prueba. La falta de tal órgano impide la consideración de prueba a cualquier diligencia instructora o intento de prueba.

---

<sup>421</sup> VILLAGÓMEZ CEBRIÁN Marco A.: *Valor probatorio de las diligencias de instrucción en el proceso pena: análisis jurisprudencial*, Revista de Derecho y Proceso Penal, Aranzadi, Año 2001-1, nº 5.

Pues bien, como afirma el TC<sup>422</sup> se hace necesario la intervención del Juez instructor, única autoridad con suficiente independencia como para poder generar actos de prueba. Pero lo cierto, es que nos encontramos ante un juez instructor, director de la investigación, que ha participado en la misma de forma directa, y que por tanto ha perdido, como no puede ser de otro modo, al menos su apariencia de imparcialidad. Si tenemos igualmente en cuenta que el TC exige también que la prueba se practique igual que en el juicio oral (es decir, siendo las partes y no el juez quienes realicen las manifestaciones oportunas, planteen las cuestiones que estimen necesarias,

---

<sup>422</sup> Sentencia 40/1997 del TC de 27 de Febrero de 1997. En este sentido el TC ha venido a establecer los requisitos que este tipo de pruebas exigen:

“a) **Material:** que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral (SSTC 137/1988 [RTC 1988\137], 154/1990 [RTC 1990\154], 41/1991 [RTC 1991\41], 303/1993 [RTC 1993\303], 323/1993 [RTC 1993\323], 79/1994 [RTC 1994\79], 36/1995 [RTC 1995\36] y 51/1995 [RTC 1995\51]).

b) **Subjetivo:** que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de instrucción (STC 303/1993). Todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito (SSTC 107/1983 [RTC 1983\107], 201/1989 [RTC 1989\201], 138/1992 [RTC 1992\138] y 303/1993, entre otras).

c) **Objetivo:** cual es la necesidad de que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito infungible (STC 303/1993), y

d) **Formal:** como lo es la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la cross examination (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la «lectura de documentos», la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 25/1988 [RTC 1988\25], 60/1988 [RTC 1988\60], 51/1990 [RTC 1990\51], 140/1991 [RTC 1991\140] y la última STC 200/1996 [RTC 1996\200], fundamento jurídico 2.º)”.

y en suma se realice con contradicción), es lo cierto que el Juez de instrucción no resulta el más idóneo para controlar ese debate contradictorio anticipado o preconstituido, y ello precisamente por la necesidad de que la figura del juez que participe en la misma se asemeje lo más posible al juez imparcial, objetivo y distante de la investigación, cual es el sentenciador.

Pero es que además, a ello debemos añadir, una particularidad que reconoce el TC en la sentencia anteriormente expuesta, en relación a la figura subjetiva de ante quien se debe practicar estas pruebas. Dice la Sentencia: “Todo ello sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para efectuar determinadas diligencias de constancia y a recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito”. Parece referirse la citada sentencia a la inspección ocular y a la recogida y custodia del cuerpo del delito. Ambas diligencias, como ya hemos visto constituyen, más que otra cosa, diligencias de investigación, y no parece lógico que tenga que ser el juez el que recoja el cuerpo del delito personalmente, pero en puridad no estaríamos ante una prueba preconstituida o una anticipada, sino ante una simple custodia de materialidades, que deben ser puestas a disposición del tribunal sentenciador y por supuesto de las partes. Igualmente en la inspección ocular, entendemos que como acto de investigación es lógico que sea llevada a cabo por quien investigue, pero si queremos convertirla en prueba de cargo es necesario que se practique ante el juez y las partes.

Como hemos apuntado, dos requisitos permiten que ciertas diligencias intervenidas por la policía accedan al juicio oral con categoría de prueba, en primer lugar la urgencia “La razón de urgencia se puede dar en algunos registros vehiculares, o también en los registros personales, e igualmente en las mediciones del grado de alcoholemia. En los restantes

casos es factible la presencia o el control judicial, con lo que no es admisible la intervención policial preventiva”, y en segundo lugar, la objetividad, “una manera de garantizar al máximo que la actuación policial es correcta, sin abusos ni arbitrariedades, es otorgando eficacia probatoria sólo a aquello que sea objetivamente constatable, lejos de valoraciones o apreciaciones policiales”<sup>423</sup>.

La función aseguradora del cuerpo del delito por parte de la policía justifica la posibilidad de custodiar fuentes de prueba, pero en modo alguno convierte en pruebas a los atestados policiales<sup>424</sup>. Por tanto, vemos como,

---

<sup>423</sup> CLIMENT DURAN, Carlos: “*La prueba penal*”, Valencia, 1999, pág. 780 y 781.

<sup>424</sup> Afirma el TC en relación al tema que nos ocupa que “de lo dicho no se desprende, sin embargo, la conclusión de que la policía judicial no esté autorizada, en ningún caso, a preconstituir actos de prueba. Es cierto que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim y con la doctrina de este Tribunal, los atestados de la policía judicial tienen el genérico valor de «denuncia», por lo que, en sí mismos, no se erigen en medio, sino en objeto de prueba. Por esta razón los hechos en ellos afirmados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios, como lo es la declaración testifical del funcionario de policía que intervino en el atestado, medio probatorio este último a través del cual se ha de introducir necesariamente la declaración policial del detenido, pues nadie puede ser condenado con su solo interrogatorio policial plasmado en el atestado [SSTC 47/1986 (RTC 1986\47), 80/1986 (RTC 1986\80), 161/1990 (RTC 1990\161) y 80/1991 (RTC 1991\80)]. A la Policía judicial, más que realizar actos de prueba, lo que en realidad le encomienda el art. 126 de la Constitución es la «averiguación del delito y descubrimiento del delincuente», esto es, la realización de los actos de investigación pertinentes para acreditar el hecho punible y su autoría. Ahora bien, junto a esta facultad investigadora también le habilita nuestro ordenamiento, sin que contradiga lo dispuesto en la Constitución, a asumir una función aseguradora del cuerpo del delito (arts. 282 y 292 LECrim, y 4 y 28 del RD 769/1987 (RCL 1987\1492) sobre regulación de la Policía judicial), así como a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia. En concreto, y en lo que a tales actos de constancia se refiere, este Tribunal ha otorgado el valor de prueba preconstituida a todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholimétricas, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa [SSTC 107/1983 (RTC 1983\107), 201/1989 (RTC 1989\201), 138/1992 (RTC 1992\138), ATC 636/1987 (RTC 1987\636)]. Pero que la Policía judicial pueda o, mejor dicho, esté obligada a custodiar las

exceptuando lo expuesto, tanto en la prueba preconstituida como en la prueba anticipada, es necesaria la presencia de un juez, que bien puede ser el mismo sentenciador (art. 657.3 LECRIM) o bien el juez que participe en la instrucción, en función del momento procesal en el que se practiquen. Pero en este último caso, y a nuestro modo de ver, se pierde parte de la imparcialidad que debe presidir cualquier acto de prueba, y por tanto sería mucho más coherente con los postulados actuales del derecho procesal dentro del respeto a las garantías constitucionales que tales pruebas durante la instrucción se practicasen ante jueces no investigadores. Como afirma certeramente ASENSIO MELLADO “no cabrá conferirle valor de prueba anticipada a las diligencias intervenidas por el Ministerio Fiscal o la Policía judicial que, en los actos de éstos, aun siendo irreproducibles y urgentes y asegurando la defensa en la forma más apropiada a la medida que ejecuten, se sujetarán a un tratamiento diferente ya que, si la prueba anticipada alcanza valor probatorio mediante su simple lectura en el debate, aquellas otras, por lo general, precisarán su reproducción en el juicio o la práctica de otra prueba alternativa o complementadora”<sup>425</sup>.

---

fuentes de prueba no significa que tales diligencias participen, en cualquier caso, de la naturaleza de los actos de prueba. Para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza se hace preciso que la policía judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues, no en vano la Policía judicial actúa en tales diligencias «a prevención» de la Autoridad judicial (art. 284). Una vez desaparecidas dichas razones de urgencia, ha de ser el Juez de Instrucción, quien, previo el cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional (art. 117.3 CE) de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una sentencia de condena”. Sentencia TC de 25-10-1993, núm. 303/1993. Recurso de Amparo núm. 1669/1989.

<sup>425</sup> ASENSIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, pág. 174.

Finalmente diremos que también las diligencias de investigación que antes mencionamos como propias del investigador, son convertibles en pruebas anticipadas o preconstituídas en atención a las circunstancias, y por tanto pueden acceder al plenario como verdaderas pruebas y no como meras diligencias de investigación, pero siempre que en su realización hayan concurrido los requisitos legalmente exigibles, como hemos expuesto.

Recientemente el TS <sup>426</sup> ha venido a clasificar este tipo de pruebas en

---

<sup>426</sup> Sentencia 158/2014 del TS de 12 de marzo. "En nuestras recientes Sentencias de 24 de febrero de 2009 y 10 de marzo de 2009, diferenciábamos los diversos supuestos en que actúa la citada excepción especificando los requisitos de las diligencias para su asunción en cada uno de esos supuestos.

La denominada "prueba preconstituida" -que no constituye verdadera prueba- que se refiere a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica, como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias, es forzosamente única e irrepetible.

La llamada prueba anticipada en sentido propio. Se admite en el procedimiento ordinario por el art. 657 punto tercero, que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen "desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión". Norma que en el Procedimiento Abreviado tiene su correspondencia en los arts. 781-1 punto tercero, y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar "la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral". En todos estos supuestos la excepcionalidad radica en la anticipación de la práctica probatoria a un momento anterior al comienzo de la vista del Juicio Oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la prueba, sometida a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada ( art. 785-1 de la LECr ).

La denominada prueba preconstituida, apostillada de "impropia" para diferenciarla de la anterior y que se refiere a las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se rigen en el procedimiento abreviado, por el art. 777 de la LECr, disponiendo que cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Como ante el Juez de Instrucción no se satisface la inmediación, el precepto garantiza al menos una cierta inmediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el Instructor se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o bien -previendo quizá la secular falta de medios- por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes. En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: a) En cuanto al presupuesto, que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo, al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste: "la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península"; b) en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio "para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo"; que se le examine "a presencia del procesado" y de su Abogado defensor -a salvo el supuesto del art. 449 - y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieren asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; c) en cuanto a su introducción en el Juicio Oral, que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba preconstituida o anticipada, exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Así lo evidencia que lo exija el art. 777 en el procedimiento abreviado sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, referido como está a delitos de mayor gravedad y d) que además la imposibilidad



“preconstituida” a la que en realidad no califica de prueba, sino de meras diligencias policiales irrepetibles por su propia naturaleza; “prueba anticipada en sentido propio”, en la que siendo previsible la imposibilidad de su práctica en el juicio oral faculta a las partes a solicitar que se adelante a un momento anterior; “prueba preconstituida impropia”, son diligencias testificales sumariales que de antemano se sabe que serán irrepetibles en el juicio oral y por tanto se acuerda su anticipación; y finalmente, aquellos casos en que las diligencias de investigación entran en el juicio oral mediante lectura por ser imposible su reproducción llegado el momento del juicio.

Nos encontramos ante todo un elenco de posibilidades, pero en todas ellas debemos contar con la premisa básica de que prueba es sólo la que se practica en juicio oral con contradicción, y sólo determinadas circunstancias tasadas permiten la entrada de otras diligencias si cumplen con los requisitos legalmente establecidos.

### 3.1.1 Diligencias de entrada y registro

La entrada y registro en domicilios privados constituye, sin duda, un medio de investigación necesario para el esclarecimiento de determinados delitos, pero lo cierto es que se hace necesario, para que tal diligencia de investigación pueda acceder al juicio oral, que se realice con escrupuloso respeto de la legalidad. No podemos olvidar, que, aunque la investigación

---

anticipadamente prevista durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, legitimadora de su anticipada práctica en aquella fase procesal, subsista después de ella, puesto que si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada según el art. 448 en la fase sumarial.

Y, finalmente, los casos en que no siendo posible como en los anteriores prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, la imposibilidad, a diferencia de ellos, se debe a factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito dispone el art. 730 de la LEC que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no puedan ser reproducidas en el Juicio Oral”.

criminal pretenda la averiguación de hechos delictivos, el derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene reconocimiento constitucional al máximo nivel (art. 18.2 CE<sup>427</sup>), y por tanto, al tratarse de una intervención del Estado en la esfera de los derechos fundamentales se hace absolutamente necesario el control de un órgano jurisdiccional que realice un control de legalidad.

En suma no es más que un control sobre la actividad investigadora de la policía o del Ministerio Fiscal<sup>428</sup>. Pero lo cierto es que aunque sea el juez de instrucción el que directamente se encuentre investigando un delito, se ve obligado a dictar un auto previo por el que se acuerde la entrada y registro, lo que acaba convirtiéndose en una especie de autocontrol de legalidad por parte del Juez instructor. Evidentemente se vuelve a plantear la misma cuestión: cuando es el juez el que está inmerso en una investigación y él mismo dicta el auto de entrada y registro, ¿dónde queda la imparcialidad del órgano jurisdiccional que acuerda tal medida? No cabe duda que cuando es la policía judicial o el Ministerio Fiscal los que durante el curso de una investigación solicitan tal medida al Juez, este puede

---

<sup>427</sup> En relación con el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 8.1 del Convenio de Roma de 1979 y art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1960.

<sup>428</sup> “El juez de instrucción puede encomendar la entrada a la policía judicial (art. 563) y, por tanto, también al Ministerio fiscal de quien aquella depende. Pero, nótese que, incluso en tal supuesto, la Autoridad competente para disponer la entrada sigue siendo el Juez de instrucción, encomendándose a la policía su ejecución. Esta delegación habrá de ser, pues, expresa y específica, delimitándose en el auto, no sólo su fundamento material, sino también la determinación del objeto de la diligencia (art. 558). Cualquier delegación genérica (v. Gr. Los tristemente famosos impresos de autos de entrada firmados en la época del franquismo) violaría el artículo 18.2 de la CE”. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pag. 422.

acordarla con cierta imparcialidad, pero ello no ocurre cuando el Juez ya está envuelto en la investigación. A este respecto no puede olvidarse que cuando la CE habla de “resolución judicial” (art. 18.2) está pensando en un órgano de actividad meramente jurisdiccional que realizando una ponderación de intereses en juego decida con imparcialidad sobre la necesidad o no de practicar la entrada y registro. En este sentido GIMENO SENDRA también apunta que “a los efectos del art. 18.2 de la CE por “resolución judicial” no cabe entender resolución del juzgado sino de su titular, esto es, del juez. Por lo tanto, ningún otro órgano colaborador está constitucionalmente legitimado para adoptar dicha autorización. En particular, no lo está el secretario (art. 290 in fine LOPJ), ni el MF (art. 5.2º EOMF)”<sup>429</sup>.

Pues bien, todo ello nos lleva a plantear nuevamente la inidoneidad del juez de instrucción para ser el órgano que controle la legalidad de la intervención en la esfera de los derechos fundamentales de las personas investigadas. Se hace necesario que un órgano absolutamente imparcial sea el que lleve a cabo tal control, y tal órgano imparcial necesariamente debe estar desvinculado de la investigación. Como afirma BARRIENTOS PACHOS “el Juez habrá de verificar que el fin perseguido es constitucionalmente legítimo, de justificada preeminencia sobre el que reconoce la privacidad del domicilio (la doctrina constitucional ha estimado preeminentes el interés público de la investigación de los delitos), y que tal invasión del derecho se presenta como ineludible para la obtención de la finalidad perseguida, es decir, que no exista otra vía menos lesiva que

---

<sup>429</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 422.

pueda conducir al mismo fin”<sup>430</sup>. Pues bien, ¿qué órgano puede realizar tal verificación bajo premisas de imparcialidad? Entendemos que tan sólo aquel, que desvinculado de la investigación, es llamado a ésta para tan sólo realizar una ponderación de intereses y decidir sobre la necesidad de acordar tal medida, y esto no puede hacerlo el Juez que dirige el mismo la investigación.

Bien es cierto que en muchas ocasiones es la policía la que en el curso de una investigación solicita a la autoridad judicial autorización para realizar una entrada en registro, aunque, como enfatiza BARRIENTOS PACHOS “llama la atención la STC 239/99, de 20 de Diciembre (FJ 6º), pues la función preventiva que se atribuye en exclusiva a la resolución judicial no puede consistir en una mera supervisión o convalidación de lo pedido por los Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en la medida en que ello supondría soslayar la habilitación constitucional del art. 18.2 de la CE, que sólo al órgano judicial atribuye la decisión autorizante y, en la misma medida, sólo a él le impone el expreso deber motivador de su decisión”<sup>431</sup>. En tales casos, ciertamente la decisión judicial adquiere cierta independencia e imparcialidad, por cuando hasta ese momento el juez es desconocedor de la investigación, y al plantearse la solicitud por la policía está en condiciones de dictaminar en condiciones de mayor objetividad. Pero aún así, se soslaya la apariencia de imparcialidad, pues lo cierto, es que tal juez será en suma quien dirija la investigación desde el mismo instante en que para poder dictar auto de entrada y registro, se hace

---

<sup>430</sup> BARRIENTOS PACHOS, Jesús María: *Entrada y Registro en domicilio particular*, La prueba en el proceso penal, Manuales de formación continua, nº 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 309.

<sup>431</sup> BARRIENTOS PACHECO, Jesús María: *Entrada y Registro en domicilio particular*, La prueba en el proceso penal, Manuales de formación continua, nº 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 310.

necesario que previamente se haya dictado auto de incoación de diligencias previas o de apertura de sumario<sup>432</sup>, y en tal caso, ya existe una resolución judicial previa que indudablemente condiciona el contenido de la posterior.

La necesidad de que sea un órgano jurisdiccional el que acuerde la entrada y registro viene impuesta igualmente por su propia consideración de prueba anticipada, pues como hemos visto en tales tipos de actuaciones que tienen acceso al juicio oral en condiciones privilegiadas se requiere una determinada intervención judicial. Así, afirma VILLAGÓMEZ CEBRIAN que “como tales, no son más que actos de investigación, pero tienen la particularidad de que con su realización se obtienen elementos probatorios que perfectamente podrán convertirse en prueba una vez se cumplan determinadas garantías y, en especial, sean sometidos a contradicción en el juicio oral”<sup>433</sup>.

En este sentido incluso el art. 331 del Anteproyecto de LECRIM parece ir más allá, pues viene a establecer que la autorización para la entrada y registro sea concedida por el Juez de garantías previa solicitud del Ministerio Fiscal<sup>434</sup>. De esta forma tal limitación del derecho fundamental a

---

<sup>432</sup> Afirma GIMENO SENDRA que “este acto indirecto de investigación exige la incoación previa de un sumario (o al menos, de unas diligencias previas en el ámbito del procedimiento abreviado), sin que pueda ser dictado en el cauce de las atípicas “diligencias indeterminadas”, como por desgracia, acontece en la práctica forense con el objeto de sacrificar el derecho de defensa”. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal* Tomo II Proceso penal. Valencia, 1993, pág. 429.

<sup>433</sup> VILLAGÓMEZ CEBRIAN Marco A.: *Valor probatorio de las diligencias de instrucción en el proceso pena: análisis jurisprudencial*, Revista de Derecho y Proceso Penal, Aranzadi, Año 2001-1, nº 5, pág. 102.

<sup>434</sup> Curiosamente olvida el citado Anteproyecto la posibilidad de que sea instada por la acusación particular o popular, limitando, con ello, dichos medios de investigación que sólo entrarían en juego previa petición del Ministerio Fiscal, de donde se deduce que si las partes citadas ven

la inviolabilidad del domicilio viene a someterse a un doble filtro. Primero el del criterio del Ministerio Público, que normalmente la solicitará a instancia de la policía, y segundo, el propio filtro judicial que puede autorizar o no la entrada. Así, entendemos que se adopta una posición más garantista que en suma viene a reforzar este derecho fundamental.

### 3.1.2 Intervención de comunicaciones

Otro modo de investigación que puede llevar a la averiguación de la identidad y circunstancias del delincuente es sin duda la intervención de las comunicaciones. No obstante, las comunicaciones tienen categoría de derecho fundamental en nuestro marco constitucional por cuanto está garantizado el secreto de las mismas, (art. 18.3 CE) y por tanto, se hace necesario un escrupuloso cumplimiento de las normas que regulan su intervención si queremos que de la citada intervención puedan obtenerse pruebas válidas que permitan la condena del culpable de un delito.

Como ciertamente manifiesta MORENO CATENA “en primer lugar, para proceder a una intervención de las comunicaciones particulares es necesario, por imperativo constitucional, que se haya dictado una resolución judicial (por consiguiente, no puede acordar la autoridad gubernativa una medida de esta naturaleza, salvo que se hubiese suspendido el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones); en segundo lugar, que hubiera razones para considerar que con ella pueden comprobarse o descubrirse hechos o circunstancias importantes para la investigación”<sup>435</sup>.

---

necesidad de instar esta medida deberán hacerlo ante el Ministerio Fiscal, pues sería el único legitimado para instarla ante el Juez.

<sup>435</sup> MORENO CATENA, Víctor, en el manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 439.

Pues bien, en esta materia volvemos a plantearnos el mismo problema mencionado en el apartado anterior que no es otro que el de la duda de imparcialidad que pese sobre el juez de instrucción en su labor de control de la intervención de las comunicaciones. Un investigador que en un momento dado puede necesitar intervenir las comunicaciones de alguien no duda en dictar el correspondiente auto si con ello obtiene el resultado deseado. Tal planteamiento no pretende poner en entredicho la buena *voluntad* de nuestro jueces investigadores, pero lo cierto es que objetivamente no son los más idóneos para tomar este tipo de medidas, y ello mientras continúen siendo los directores de la investigación criminal.

A mayor abundamiento, debemos hacer notar que la intervención del juez no está limitada al dictado de una resolución judicial que acuerde la práctica de la diligencia, sino que muy al contrario, su intervención ronda todo el proceso de intervención, por cuanto debe controlar la ordenación y desarrollo, y por tanto, su carácter de órgano jurisdiccional debe prevalecer sobre su carácter de investigador, máxime si tenemos en cuenta que esta diligencia no se le notifica con anterioridad al imputado (lógicamente porque de lo contrario carecería de virtualidad), por lo que no ha podido defenderse respecto a la procedencia o no de la misma, y tan sólo la actuación imparcial de juez y la vigilancia de la legalidad por parte del Ministerio Público pueden garantizar la objetividad de la intervención de comunicaciones.

Dada la parquedad del anterior art. 579 LECRIM que regulaba esta materia, la jurisprudencia del TS ha venido elaborando una completa doctrina en relación a la intervención de comunicaciones, constituyendo la

Sentencia del TS de 2 de Diciembre de 1997 un buen resumen doctrinal<sup>436</sup>, por cuanto contiene los principios básicos que debe regir toda intervención

---

<sup>436</sup> “a) Fundamentación de la medida, en el doble sentido de su proporcionalidad y motivación. Desde el primer punto de vista es exigible que (como expresa también la STC 7/1994, de 17 enero [RTC 1994\7], que aunque dictada sobre tema distinto establece una doctrina genérica sobre tal principio) exista una proporción entre la intromisión que esa clase de prueba supone en la intimidad de una persona y la finalidad que se busca con ella. Proporcionalidad que el TEDH ha asentado en la satisfacción de una necesidad social imperiosa y «proporcionada a la finalidad legítima perseguida» -SSTEDH 7 diciembre 1976 (caso Handyside); 26 abril 1979 (caso «The Sunday Times»); 24 marzo 1988 (caso Olsson); 21 junio 1988 (caso Berrehab), etc.- y que la Sentencia de esta Sala de 25 junio 1993 (RJ 1993\5244) matiza en el sentido de que ha de valorarse poniendo el acento no sólo en la gravedad de la pena fijada al delito investigado, sino también en la trascendencia social del tipo.

En cuanto a la motivación de la autorización judicial que habilita y legitima la intervención, en los términos del art. 18.3 CE, aparte de ser exigencia genérica impuesta a toda resolución judicial por el art. 120.3 CE, resulta mucho más necesaria en los casos en que la decisión del Juez afecta a derechos fundamentales, como señaló la STC 56/1987, de 14 mayo (RTC 1987\56), al recordar que «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española, el acto es tan grave que necesita encontrar una causa especial, suficientemente explicada, para que los destinatarios conozcan las razones del sacrificio de su derecho». Sin embargo, y sin renunciar a tal exigencia, esta Sala la ha matizado en un doble sentido: primero, que en cuanto la medida no es posterior al descubrimiento del delito, sino que se dirige a su averiguación y descubrimiento del delincuente (art. 126 CE) el «fumus boni iuris» tiene en tal caso una intensidad menor, en tanto que, como señala la STC 341/1993, de 18 noviembre (RTC 1993\341), la autorización judicial es defectiva de la flagrancia, pues en ella queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia, evidencia no exigible en el otro caso (STS 7 mayo 1994 [RJ 1994\3623], ya citada), lo que quiere decir que, como es obvio, de existir ya pruebas y constancia del delito sería superflua tal medida adicional, que si se adopta en fase de investigación es precisamente para comprobar y corroborar la certeza de los indicios o sospechas racionales del delito que se investiga y que está por ello en fase de presunción, por lo que sobre él no tiene por qué existir una prueba; y segundo, que aunque lo correcto y deseable es que los fundamentos de la medida se expresen en el auto que la acuerde, no puede negarse la existencia de motivación cuando explícita o implícitamente se conoce la razón y el por qué del acuerdo (STS 5 julio 1993 [RJ 1993\5875]), con lo que la remisión a las razones de la solicitud, cuando éstas son conocidas y fundadas, complementan e integran la motivación de la resolución judicial.



de comunicaciones, que son proporcionalidad, motivación, especialidad y control judicial que se convierten así en las premisas de toda intervención de comunicaciones.

En este orden de cosas, es reseñable el Auto del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2010<sup>437</sup>, que expresó que “en lo que concierne al derecho de defensa, el Tribunal Constitucional ha resaltado en numerosas resoluciones “la especial responsabilidad que incumbe a los órganos judiciales de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, porque en este ámbito la protección de los bienes en conflicto adquiere la mayor intensidad que puede dispensar el Ordenamiento jurídico” SSTC 1/2007 (RTC 2007, 1) y 160/2009 (RTC 2009,

---

b) Especialidad; principio que significa que «no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos» y que «no es correcto extender autorización prácticamente en blanco» (ATS 18 junio [RJ 1992\6102], citado) exigiéndose concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado. Lo que también ha sido matizado en el sentido de que no se vulnera la especialidad y ésta se da cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma (SSTS 2 julio 1993 [RJ 1993\5703] y 21 enero 1994 [RJ 1994\89]); así como que no puede renunciarse a investigar la «notitia criminis» incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquélla sea mero punto de arranque (S. 15 julio 1993 [RJ 1993\6089]).

c) Control judicial. Control que como el afectado no conoce la medida y, por ello, no la puede impugnar ha de garantizar sus derechos futuros, por lo que aquél debe ser exquisito y riguroso. Ello implica que la recepción de las cintas ha de ser íntegra y original, sin perjuicio de su ulterior copia, siempre bajo fe de Secretario, cuando razones técnicas lo hagan preciso. Igualmente la transcripción mecanográfica ha de hacerse con compulsas y fe de Secretario. Y por último, es al Juez y no a la Policía a quien compete determinar y seleccionar los pasajes que se entiendan útiles para la instrucción de la causa, excluyendo los que carezcan de relevancia para la investigación y, sobre todo, aquellos que, por afectar a la intimidad de terceros ajenos al proceso y cuyas conversaciones no sean de interés para la causa, deben con mayor razón ser excluidos de la publicidad”.

<sup>437</sup> Caso Gurtel.

160)...“Asimismo, ha destacado la íntima conexión que existe entre el derecho de defensa y el de asistencia letrada, derecho que tiene como finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de partes y de contradicción, y que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir en alguna de ellas resultado de indefensión, prohibido por el art. 24.1 CE (SSTC 47/1987 (RTC 1987, 47), de 22 de abril y 9/1997 (RTC 1997, 9) de 14 de enero). Sin olvidar tampoco la especial relevancia que adquiere el derecho de defensa cuando el Estado ejerce el ius puniendi, limitando la libertad del imputado, lo que implica una profunda injerencia en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales (SSTC 68/2002, 68) y 198/2003 (RTC 2003, 198).” Por tanto las comunicaciones y máxime si éstas son con el abogado que ejerce la defensa, no pueden verse coartadas por una intervención pues la afectación del derecho defensa es clara. Se evidencia que la apasionada instrucción que el juez llevó a cabo le privó de objetividad e imparcialidad a la hora de acordar la intervención de las comunicaciones, y esto es precisamente lo que debe evitarse, que el propio instructor tenga la opción de acordar dicha intervención, pues es claro que su visión queda contaminada con su propia labor instructora.

Respecto a la relación entre el órgano que acuerda la intervención, el juez investigador, y la policía podemos decir que ésta es la encargada de llevarla a cabo pero se excluye cualquier tipo de intervención de la policía que no sea la de aportar al sumario las cintas grabadas, lo que ciertamente supone un control exhaustivo únicamente motivado por la importancia del derecho fundamental que queda en suspenso y que debe ser protegido ante abusos policiales.

No podemos aquí pasar por alta la importante reforma que la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica* ha llevado a cabo en la materia que nos ocupa. Se ha regulado de forma específica aspectos importantes para luchar contra la delincuencia vinculada a comunicaciones telemáticas y demás de índole tecnológicos, y se ha insistido, curiosamente, en la necesidad de motivación de las resoluciones judiciales que acuerden tales medidas, estableciendo un mínimo de contenido en las mismas, lo cual no deja de ser llamativo, pues parece querer establecer qué contenido mínimo exige la motivación de las resoluciones judiciales que afecten a derechos fundamentales<sup>438</sup>.

---

<sup>438</sup> Artículo 588 bis c Resolución judicial (conforme a la redacción introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica):

1. El juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal. Esta resolución se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud.
2. Siempre que resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos expresados en los artículos anteriores, el juez podrá requerir, con interrupción del plazo a que se refiere el apartado anterior, una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud.
3. La resolución judicial que autorice la medida concretará al menos los siguientes extremos:
  - a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.
  - b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.
  - c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a.

Evidentemente todo lo que suponga regular procedimientos en esta delicada materia debe venir con la intención de que las intervenciones sean más garantistas y en eso trata de profundizar la reforma, pero si, como venimos manteniendo, la imparcialidad del juez de instrucción queda en entredicho cuando acuerda tales medidas en el curso de su propia investigación, ¿no es más cierto que cuando es la policía o el Ministerio Fiscal quienes solicitan al juez la práctica de la intervención, éste queda en una posición más imparcial, más ecuánime y por qué no, de talante más jurisdiccional? Ello, ciertamente, nos lleva a pensar que la intervención acordada a petición de parte, contiene más garantías, más seguridad, y más control, pero sobre todo más imparcialidad judicial.

### 3.1.3 Intervenciones e inspecciones corporales

Según GIMENO SENDRA “puede entenderse como inspección corporal cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano”, y “por intervenciones corporales puede entenderse todo acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se le extrae de él determinados elementos en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho punible o la participación en él del

- 
- d)** La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.
  - e)** La duración de la medida.
  - f)** La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.
  - g)** La finalidad perseguida con la medida.
  - h)** El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

imputado”<sup>439</sup>. En relación con ambos tipos de diligencias, lo cierto es que ambas adolecen de una enorme vaguedad legislativa, que impide un correcto desenvolvimiento de las mismas en la actividad de investigación. Se trata de un vacío legal, que a todas luces debe ser solucionado y que el propio TC ha venido a recordar al manifestar que “toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y en su caso a la intimidad) no puede ser acordada por vía reglamentaria sino que ha de estar prevista por la ley”<sup>440</sup>.

Partiendo de esta premisa, algún autor, como MAGALDI PATERNOSTRO ha llegado a plantear que se vulnera el art. 15 CE si la intromisión en la esfera personal se realiza sin un marco normativo, que debe ser Ley Orgánica, y de forma coactiva, nos encontraríamos con pruebas nulas y por tanto sin acceso al juicio oral<sup>441</sup>.

---

<sup>439</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág 456 y 457.

<sup>440</sup> Sentencia del TC 207/1996.

<sup>441</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, María José: Doctrina constitucional sobre las intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución Española, La prueba en el proceso penal, Manual de Formación Continua nº 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 141. “no incumbe al juez, y ni si quiera al Juez Constitucional –mas allá la interpretación posible en atención a criterios hermenéuticos previstos como *numerus clausus* en el art. 3.1 del Código civil- colmar los olvidos del legislador en la esfera normativa penal en la cual, por su propia función en el seno del ordenamiento jurídico, resultan, casi siempre necesariamente, afectados los derechos fundamentales de las personas. Y si el legislador no ha tenido la previsión de regular específicamente las intervenciones sobre la integridad física y moral de una persona en el marco del proceso penal (como lo ha hecho respecto del derecho a la libertad y a la intimidad) la injerencia en la misma no expresamente prevista en la Ley Orgánica, si es ordenada y ejecutada *de* forma coactiva, vulneraría el art. 15 de la CE por lo que el resultado obtenido no podría ser valorado en Juicio por mandato expreso del art. 11 de la LOPJ al constituir prueba ilícita”

Pero lo cierto es que la jurisprudencia vino aceptando, en principio, que para llevar a cabo las intervenciones e inspecciones corporales se hace necesaria la autorización judicial. Sin tal autorización, nos encontraríamos ante una prueba nula y viciada<sup>442</sup>.

Es precisamente por el carácter de derecho fundamental del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), por lo que se hace necesaria la intervención jurisdiccional para autorizar la práctica de tal diligencia, que por su carácter y siempre que se lleve a cabo con respeto a los requisitos antes expuestos, podremos hablar de prueba preconstituida. De igual forma el derecho a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 CE también justifica la necesidad de autorización judicial para la práctica de intervenciones corporales.

Pese a ello, podemos decir que la inspección corporal en principio no tiene por qué suponer una intromisión en la intimidad de la persona, así por ejemplo cuando la policía toma huellas dactiloscópicas, no puede decirse que se vulnere la intimidad y por tanto, son diligencias que no requieren autorización judicial. Pero cuando las inspecciones se realizan en partes íntimas del cuerpo, la perspectiva debe cambiar, en tales casos la intromisión en la intimidad personal pone de relieve la necesidad de autorización judicial.

---

<sup>442</sup> En palabras de VILLAGÓMEZ CEBRIAN “para realizar estas intervenciones siempre se requiere autorización judicial. Se trata de proteger el derecho a la intimidad, ya que estas actuaciones recaen sobre el cuerpo humano de una persona, a fin de aportar elementos probatorios relevantes para el curso del proceso penal”. VILLAGÓMEZ CEBRIAN Marco A.: *Valor probatorio de las diligencias de instrucción en el proceso pena: análisis jurisprudencial*, Revista de Derecho y Proceso Penal, Aranzadi, Año 2001-1, nº 5, pág. 107.

En tales casos y como pone de manifiesto GIMENO SENDRA “en el momento actual, de conformidad con la doctrina establecida por la citada STC 37/1989, sólo puede disponerlas el Juez de Instrucción mediante resolución motivada”<sup>443</sup>. Analicemos el contenido de la citada Sentencia<sup>444</sup>: “Tal afectación del ámbito de la intimidad, es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 de la Constitución)”.

Continúa la citada Sentencia<sup>445</sup> exigiendo ponderación de intereses bajo premisas de imparcialidad, ya que resulta el único modo posible de realizar una valoración de intereses adecuada, sin sujeción a intereses concretos. Como ya hemos apuntado el Juez de instrucción director de investigación no goza, en nuestra opinión, de la necesaria desvinculación de la investigación, para permitirle una ponderación de intereses justa e imparcial, aunque lo cierto es que mientras no se arbitre otro modo de dirigir la investigación criminal, es el Juez de instrucción quien debe autorizar este tipo de intervenciones.

---

<sup>443</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág 456.

<sup>444</sup> Sentencia TC de 15-2-1989, núm. 37/1989. Recurso de Amparo núm. 235/1987.

<sup>445</sup> Sentencia TC de 15-2-1989, núm. 37/1989. Recurso de Amparo núm. 235/1987: “lo que la protección de la intimidad reclama no es sólo la regularidad formal de la decisión judicial que motivadamente y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa, la delimite, sino también, ya en el orden sustantivo, la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso, pues no se acomodaría, ciertamente, al derecho fundamental la resolución que constriñese el ámbito de intimidad de quienes no se hallan en una posición o situación específica respecto de aquella actuación, como tampoco respetaría la garantía que consideramos la medida desatenta a toda estimación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone”.

Pues bien, y dicho de otro modo, sólo el Juez de instrucción tendría la opción de ordenar este tipo de inspecciones o intervenciones, pues lo cierto es que la policía judicial carece de habilitación legal alguna que le permita tal intervención, que por otra parte puede ampararse en los arts. 399 y 478 LECRIM siempre que sea un órgano jurisdiccional el que la acuerde<sup>446</sup>.

Por último y en su aspecto formal la Sentencia mencionada obliga a que la decisión judicial venga acordada mediante auto, por constituir la forma más garantista de resolución: “toda decisión judicial que restrinja o limite derechos fundamentales deba ser adoptada con la correspondiente fundamentación, exigencia constitucional ésta que, en el orden del proceso penal, impuso ya, por lo demás, el vigente art. 141 de la L. E. Cr., al requerir la forma de «Auto», y la motivación consiguiente, para las resoluciones que decidieran «puntos esenciales que afecten de una manera directa a los procesados», referencia, esta última, que se ha de considerar comprensiva del imputado cuando se trate de afectar al ámbito de sus derechos fundamentales”. Parece evidente que la intervención corporal ordenada por el Juez de instrucción en el curso de una investigación plantea ciertamente innumerables problemas, pero debemos mencionar la

---

<sup>446</sup> Dice la Sentencia que comentamos que “ni la intimididad puede, en supuestos tales, afirmarse como obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer, junto a ello, las facultades legales que, corresponden al instructor, y que el Ministerio Fiscal recuerda, para ordenar, en el curso del sumario, la realización de exámenes periciales que, entre otros extremos, pueden versar sobre la «descripción de la persona (...), que sea objeto del mismo (del informe pericial), en el estado o del modo en que se halle (arts. 399 y 478 de la L. E. Cr.), habilitaciones legislativas éstas que no darían base legítima, por su carácter genérico e indeterminado a una actuación policial, pero que sí pueden prestar fundamento a la resolución judicial, aquí exigible, que disponga la afectación, cuando ello sea imprescindible, del ámbito de intimididad corporal del imputado o procesado”.



modificación operada por la Ley 15/2003 de 25 de Noviembre, por la que se modifica el Código penal, pues su Disposición final primera introduce un segundo párrafo en el art. 363 LECRIM del siguiente tenor: “siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”. Por tanto, existe ya la tan exigida doctrinalmente habilitación por Ley Orgánica que permite acordar este tipo de medidas, cuya decisión recae como no podía ser de otro modo en un órgano jurisdiccional, que queda sujeto a valoración de proporcionalidad y razonabilidad, criterios éstos que eran, como hemos visto los que la jurisprudencia venía exigiendo, pues “esta reserva judicial en orden a autorizar la realización del perfil genético estaría en consonancia con la posible incidencia en lo que se ha venido a denominar intimidad genética y su condición de derecho fundamental”<sup>447</sup>.

Al hilo de lo que venimos exponiendo, merece especial atención la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, pues curiosamente y casi de soslayo en su Disposición Adicional Tercera introdujo una importante y llamativa habilitación legal a la policía judicial para la toma de muestras y fluidos, disponiendo que “Para la investigación

---

<sup>447</sup> ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: *Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)*. La Ley Penal. Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciaria. Nº 4, Abril 2004. Estudios Monográficos.

de los delitos enumerados en la letra a del apartado 1 del artículo 3<sup>448</sup>, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

---

<sup>448</sup> Art. 3 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN: 1. Se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos:

- a. Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados.
- b. los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento.

2. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento.

El problema de la citada habilitación a la Policía judicial es que no se especifica cómo y en qué condiciones debe el sospechoso, detenido o imputado prestar tal consentimiento. A nuestro modo de ver tal consentimiento debería ser prestado necesariamente ante su abogado, porque es la única garantía de que tal consentimiento se presta de forma voluntaria. Decimos esto porque suele ser práctica habitual la toma de muestras (al menos de saliva) al detenido, sin mayor explicación, y presentando simplemente la policía el documento dónde debe firmar, lo que evidentemente posiciona al detenido en una clara indefensión al verse presionado a permitir una toma de muestras sin que exista un control.

Así, el control de tales intervenciones recae exclusivamente en la autoridad judicial si el detenido o sospechoso se negare a su práctica, pero, como hemos apuntado, si existe consentimiento al menos debería prestarse en presencia del letrado que le asista, pues hacerlo de otro modo desvirtúa completamente el consentimiento prestado.

De hecho el Anteproyecto de LECRIM en sus arts. 257 y ss. cuando establece la habilitación para autorizar las intervenciones corporales no consentidas, y partiendo de que sean leves o graves, ha habilitado tanto al Ministerio Fiscal como al Juez de garantías según sean de uno y otro tipo, pero vuelve a olvidar la importante premisa de que el consentimiento debe prestarse siempre ante un abogado.

Por otro lado, dicha distinción que aplica el citado Anteproyecto entre si la intervención corporal es leve o grave de cara a que sea el Ministerio Fiscal o el Juez de Garantías quien la autorice, tampoco parece muy acertada, pues lo que suple la autorización es el consentimiento del

sometido a tal intervención, y, entendemos que tal consentimiento sólo puede suplirse por decisión judicial, y no por quien dirige la investigación.

### 3.2. Medidas cautelares durante la instrucción

Las medidas cautelares tienen su razón de ser precisamente por la necesidad de preparar el juicio oral, si no fuera preciso llevar a cabo una instrucción o investigación previa no sería necesario acordar medidas cautelares. Pero como hemos puesto de manifiesto la instrucción constituye una parte del proceso ineludible y necesaria, y por tanto, se hace también imprescindible acordar medidas que garanticen la efectividad de la hipotética sentencia condenatoria que pudiera recaer<sup>449</sup>.

En primer lugar, debemos destacar que nos encontramos ante medidas que necesaria e ineludiblemente deben ser acordadas por un órgano jurisdiccional, es decir, sometidas al principio de jurisdiccionalidad<sup>450</sup>, pero además con monopolio exclusivo de la jurisdicción penal, pues sólo en el curso de un proceso penal cabe imponer este tipo de medidas cautelares.

Si bien es cierto y necesario que debe ser un órgano jurisdiccional el que acuerde la medida, también es cierto que ello es así porque se pretende

---

<sup>449</sup> Como afirma GIMENO SENDRA por medidas cautelares debemos entender aquellas “resoluciones judiciales motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia”. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 472.

<sup>450</sup> Ex arts. 17, 25.3, 24.2 y 117.3 CE.

otorgar objetividad e imparcialidad a la medida, características propias del órgano jurisdiccional. Pero lo cierto es que en nuestro proceso penal es el juez de instrucción el que las acuerda, y ciertamente desde el momento en que el mismo se ve envuelto en el proceso, realizando un juicio de imputación, su imparcialidad para acordar tales medidas cautelares, restrictivas de derechos de rango constitucional, decae, y por tanto deja de ser el órgano idóneo para acordarlas<sup>451</sup>.

Dentro de las medidas cautelares podemos distinguir fundamentalmente entre medidas de carácter personal (detención, prisión provisional, libertad condicional y otras) y medidas de carácter patrimonial (fianza, embargo, ocupación de bienes,...), pero como nota común a todas ellas debemos destacar que siempre deberán ser acordadas o ratificadas por autoridad judicial en el curso de un proceso penal.

### 3.2.1 Detención

La detención viene definida por GIMENO SENDRA como “una medida cautelar de naturaleza personal y provisionalísima, que puede adoptar la autoridad judicial, policial e incluso los particulares, consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial, bien de ponerlo a disposición de la Autoridad judicial, bien, si se encuentra ya en dicha situación, de resolver sobre la misma, restableciendo

---

<sup>451</sup> En tal sentido se pronuncia GIMENO SENDRA al manifestar que “puesto que el juicio de probabilidad acerca de la presunta participación de una persona en un hecho punible, presupuesto de la prisión provisional, entraña un prejuzgamiento en torno a su culpabilidad, a fin de prevenir los <<errores judiciales>> y <<excesos de cumplimiento>>, sería de lege ferenda aconsejable que la Autoridad competente para la adopción de tal medida cautelar se desligara de la función instructora (a modo, por ej., del MF alemán) con lo cual se objetivizarían en mayor medida tales resoluciones”. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 472.

dicho derecho o adoptando una medida cautelar menos interina”<sup>452</sup>. De tal definición podemos destacar que se trata de una medida cautelar, que aunque en principio puede ser acordada por cualquier persona, está destinada ineludiblemente a poner al detenido a disposición judicial. Esta especialidad la diferencia de las restantes medidas cautelares, las cuales deben ser siempre acordadas por autoridad jurisdiccional.

Podemos afirmar que la detención puede ser actividad propia del investigador en el curso de una investigación delictiva o actividad del instructor que puede ordenar la detención de una persona, pero como afirma el art. 490 LECRIM “cualquier persona puede detener”, y en tal caso hablamos de una posibilidad que la ley otorga a los particulares, pero en relación a la policía judicial o Autoridad (incluido en este caso el Ministerio Fiscal) existen además circunstancias que le imponen la obligación de detener, ex art. 492 LECRIM.

El objeto único de la detención llevada a cabo por particulares no es otro que el de poner a disposición de la policía o autoridad judicial al detenido, y ello de forma inmediata, pues el plazo de 24 horas que la LECRIM otorga no puede ser entendido como un plazo habilitador para prolongar la detención el tiempo que se desee, en tal caso estaríamos ante una conducta típica de detención ilegal. Sin embargo, en la detención llevada a cabo por la policía, es evidente que el objeto puede ser más amplio de cara a profundizar en la investigación, aunque en cualquier caso deberíamos partir de la base del plazo ex art. 496 LECRIM de 24 horas. El problema surge cuando el art. 520 LECRIM introduce el plazo de 72 horas

---

<sup>452</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 476.

pareciendo olvidar el referido art. 496. En nuestra opinión la puesta a disposición judicial debe llevar a cabo siempre lo antes posible, en un plazo de 24 horas y en todo caso antes de 72 horas. Esta es la interpretación más coherente desde el punto vista sistemático de la propia LECRIM y en cualquier caso respetuoso con el art. 17 CE.

Debemos tener en cuenta también la nueva redacción del art. 520.1 LECRIM<sup>453</sup>. Por ello, si la premisa es el tiempo estrictamente necesario y dentro de los plazos legales, el único plazo legal es el que a su vez recoge el art. 496, y ello aunque se fije un tiempo de carácter excepcional de 72 horas, que debe interpretarse como excepcional y no como ordinario. Por ello, siempre sería deseable que cualquier detención que se prolongue más de 24 horas debería estar motivada, de tal forma que se justifique el motivo de la prolongación, pues de lo contrario se vulneraría claramente el derecho a la libertad del detenido<sup>454</sup>.

---

<sup>453</sup> Dice textualmente el art. 520.1 LECRIM que “La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información.

La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

En el atestado deberá reflejarse el lugar y la hora de la detención y de la puesta a disposición de la autoridad judicial o en su caso, de la puesta en libertad”. Artículo modificado por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*.

<sup>454</sup> Como excepción a la norma general, debemos tener en cuenta también lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que: “Toda persona detenida

Este artículo que comentamos también ha modificado la posición del detenido o preso de cara a la salvaguarda de sus derechos al honor, a la intimidad y a la imagen, intentando evitar en la medida de lo posible la pena de banquillo, de tal forma que se impone a quienes participan en la instrucción una obligación, la de velar por la salvaguarda de tales derechos.

GIMENO SENDRA manifiesta que *“también se diferencia de la detención practicada por los particulares en que a la policía le faculta el ordenamiento a practicar las diligencias de prevención y a culminar el atestado (arts. 284-298), para lo cual tales funcionarios pueden realizar determinadas diligencias en el curso de la detención (art. 523). Junto al carácter cautelar de la detención se ha superpuesto otro (a partir de la reforma de la LECRIM de 1978) que la convierte también en un acto de investigación indirecto, en tanto que posibilita la práctica de actos de investigación, tales como el interrogatorio y el reconocimiento del detenido”*<sup>455</sup>. Pues bien, si la prolongación de la detención pudiera ser necesaria para los fines de la investigación, ello debería motivarse y quedar suficientemente explicado en el propio atestado, de forma que el juez (una vez pase a disposición judicial) conozca los motivos de la prolongación de la detención.

---

como presunto participe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis (persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes) será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes”.

<sup>455</sup> <sup>455</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 484.



Con independencia de quien sea la persona que acuerde o practique la detención, lo que no parece ser discutido es que la prórroga de la misma debe necesariamente partir del órgano jurisdiccional. Es evidente que una medida restrictiva de libertad no puede prorrogarse si no es partiendo de una decisión judicial.

No obstante, y a nuestro modo de ver, dos abusivas prácticas policiales se cometen durante la detención, en primer lugar se prolongan de forma innecesaria en atención a la *disponibilidad* y horarios de los jueces y oficinas judiciales (tal es el caso de la detención practicada en día festivo o en domingo que se prolonga normalmente hasta el día hábil siguiente, sobre todo en ciudades donde no existen juzgados de guardia de 24 horas), y en segundo lugar, en muchas ocasiones durante la detención judicial se llevan a cabo diligencias ciertamente inútiles que nada aportan a la investigación, y que lo único que hacen es prolongar la detención. Pensemos en las frecuentes declaraciones del detenido en sede policial, en la que se limita a decir, previo *consejo* de la propia policía, que *prefiere declarar ante la autoridad judicial*. Tal diligencia, inútil como decimos, la única virtualidad que tenía era la de permitir al abogado defensor hablar con el detenido antes de declarar en sede judicial, pero ello no justifica esa innecesaria declaración que prolonga la detención más allá de lo necesario<sup>456</sup>.

---

<sup>456</sup> Como afirma SALIDO VALLE “la diligencia de declaración del detenido se configura como un acto de naturaleza compleja. Para el órgano interviniente es un medio de investigación a través del cual se pueden obtener medios de prueba, llegando al conocimiento exacto de la realidad de los hechos investigados y a la convicción fundamentadora de una posible sentencia condenatoria, con las limitaciones, en este último aspecto, de las que nos ocuparemos más adelante. Y para el detenido es un acto de defensa, que se manifiesta por medio del derecho a guardar silencio (arts. 17.3 y 24.2 CE, y 520.2.a y 2.b LECrim.) o a declarar cuantas veces quiera (art.

Por ello, el derecho a entrevistarse privadamente con el abogado defensor no puede estar condicionado a que se hubiera hecho ante la autoridad policial esa manifestación de no querer declarar, sino que muy al contrario debe permitirse siempre y en todo caso, pues si tal derecho lo tiene el imputado que es llamado a declarar al Juzgado, por qué no lo iba a tener el detenido. Esto ha sido finalmente aceptado por el legislador en la última reforma de la LECRIM<sup>457</sup>, pero lo que queremos poner de manifiesto es que si esta posibilidad de asesoramiento por parte del abogado puede perjudicar la instrucción en su camino de averiguación de la verdad, lo cierto es que resulta del todo imprescindible como resultado de aceptar la garantías constitucionales que imponen el ejercicio del derecho de defensa, pues si bien es cierto que la declaración efectuada ante la policía o en sede judicial deben ser reproducidas en el juicio oral, también es cierto que una vez reproducidas en juicio, tales declaraciones pueden a los ojos del juzgador tener más verosimilitud que la prestada en juicio, por lo que resulta ciertamente importante que el derecho de defensa pueda ejercerse desde el mismo instante de la imputación, entendida ésta como mero acto de información del delito cometido, y ello con independencia de que exista o no detención.

### 3.2.2 Prisión provisional

El art. 17.1 CE manifiesta que “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los

---

400 LECrim .)”. SALIDO VALLE, CARLOS: *Las diligencias a practicar durante la detención*. V/Lex (<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/diligencias-practicar-detencion-282384>).

<sup>457</sup> Artículo modificado por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*.

casos y en la forma previstos en la ley”. Igualmente el art. 17.4 CE incide en que “por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”. Por tanto, dos premisas impone la Constitución, primero necesidad de norma de rango de ley, que por la materia que nos ocupa habrá de ser orgánica, y segundo, que la ley imponga un plazo máximo de duración, que viene justificado precisamente por lo gravosa que resulta la medida, y porque el retraso injustificado en la Administración de justicia no puede pesar sobre los hombros del justiciable. A todo ello debemos añadir, que el principio básico y derecho fundamental a la presunción de inocencia igualmente condiciona la decisión de acordar la prisión preventiva, y por tanto el art. 24.2 CE también es de suma importancia en el tema que tratamos.

Debemos también mencionar la reforma que se operó en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 13/2003, de 24 de Octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, que en su Exposición de Motivos viene a justificarla en atención a las Sentencia del TC 47/2000, que se auto-cuestionó la inconstitucionalidad de los arts. 503 y 504 de la LECRIM, y que por tanto hacía necesaria una reforma que constitucionalizase esta gravosa pero necesaria medida restrictiva de libertad. Lo que ciertamente sorprende es que esta Ley fuese reformada en gran parte por la Ley Orgánica 15/2003, de 24 de Noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre del Código Penal, que ni tan si quiera menciona o justifica este cambio en su Exposición de Motivos, suponemos porque realmente resulta injustificable desde un punto de vista de técnica legislativa que una Ley tan esperada como la de prisión provisional fuese repentinamente modificada al mes de su entrada en vigor. A parte de inseguridad jurídica, tal caos legislativo en modo alguno ha

venido a solucionar los verdaderos problemas que fondeaban en las aguas de la prisión preventiva.

Es quizá en la cuestión de la prisión provisional en el que con mayor claridad puede evidenciarse la necesidad de una modificación legislativa que clarifique la posición de quien debe acordar una medida tan sumamente restrictiva de derechos. Si bien no cabe duda de que no encontramos necesariamente ante una decisión de carácter jurisdiccional, sí que por el contrario existen claras evidencias de que el Juez que actualmente la acuerda carece de al menos la *apariencia* de imparcialidad que le es exigible, y ello simplemente por su carácter de instructor del procedimiento. Es difícil ser garante e instructor sin perder la necesaria imparcialidad.

Como apunta ARAGONESES MARTÍNEZ “la prisión provisional (o prisión preventiva) supone la privación de libertad del encausado, durante la tramitación del procedimiento penal, dentro de los plazos señalados en la Ley”<sup>458</sup>. Igualmente MORENO CATENA afirma que “consiste en la total privación al imputado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal”<sup>459</sup>. Ambas definiciones recogen la esencia de esta medida cautelar, que no es otra que la privación de libertad, por lo que es, sin duda y como hemos mencionado, la medida más gravosa que puede afectar al imputado dado que supone una restricción de libertad previa al juicio, esto es, sin haber sido condenado.

---

<sup>458</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, en el manual, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1994, pág. 391.

<sup>459</sup> MORENO CATENA, Víctor, en el manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 522.

Ya hemos apuntado que el órgano que acuerda esta medida debe ser un órgano jurisdiccional. En nuestro ordenamiento será pues normalmente el Juez de instrucción quien acuerde la prisión provisional, pero como ciertamente apunta GIMENO SENDRA “abierto el juicio oral podrá decretarla el órgano jurisdiccional que conociera del mismo”<sup>460</sup>, y ello en atención al propio art. 502 LECRIM, que también habilita para acordar esta medida al Juez que forme las primeras diligencias, es decir, aquel que, aun sin ser el competente, acuerde la medida para inmediatamente remitir las diligencias al juez que proceda, quien deberá oír nuevamente al imputado.

En relación a estos tres órganos jurisdiccionales que pueden acordar la prisión provisional (el que forme la primeras diligencias, el instructor y el que habrá de conocer la causa) llama la atención que el propio juez que conozca de la causa tenga la opción de convocar la audiencia previa para acordar la prisión provisional, pues precisamente para acordarla deberá recabar información de los propios autos, deberá realizar un juicio de valor, y en suma tendrá que adoptar una decisión motivada que lo cierto es que puede *contaminarle* para actuar posteriormente como juez sentenciador, sobre todo si la decisión no obedece a meras razones de incomparecencia a juicio del acusado<sup>461</sup>, sino a razones de fondo o a actividades propiamente instructoras.

---

<sup>460</sup> MORENO CATENA, Victor, en el manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 530.

<sup>461</sup> La Sentencia de 2-3-1998, núm. 326/1998 (Recurso de Casación núm. 2628/1997) del TS, citando otra dice que “*en sentido más concreto la 471/1995, de 30 marzo (RJ 1995\2130), puso de relieve «que las decisiones de la Audiencia sobre la prolongación de la prisión preventiva por peligro de fuga y sobre el cómputo del tiempo de la privación de libertad respecto de la duración máxima de la misma, antes de ser dictada la sentencia, no guardan, con la cuestión de la autoría y la culpabilidad del acusado, una relación estrecha y apenas diferenciable como la exigida para justificar la exclusión de los Jueces «a quibus» por parcialidad objetiva»*”.

En esta materia apunta el TC que “asimismo la Sentencia de 28 diciembre 1993 (s/n) (RJ 1993\9811) destacó que «lo verdaderamente esencial a efectos de la estimación de la contaminación objetiva radica en examinar cada caso concreto para comprobar si efectivamente ha existido una verdadera actividad instructora por parte del Juez o Magistrado que es objeto de recusación.»<sup>462</sup>. Pues bien, la contaminación del juez sentenciador que acuerda la prisión provisional se dará siempre que el juez realice alguna actividad propia de la investigación, lo cual ciertamente puede ocurrir, dado que las partes pueden instar la práctica de pruebas que requieran cierta actividad instructora hasta antes del juicio oral.

Precisamente por eso, uno de los temas de mayor calado en la cuestión de la prisión preventiva no es otro que la determinación del órgano que debe acordarla. Es claro y no existe discrepancia doctrinal al asumirse como necesario que la decisión debe ser acordada por un órgano judicial, pero la falta de imparcialidad que pesa sobre el Juez instructor de cara a tomar la decisión sobre la prisión preventiva, continúa pesando sobre esta figura. La reforma legislativa citada prácticamente dejó las cosas como estaban, por lo que dejó como estaba el problema latente de la falta de imparcialidad del órgano jurisdiccional. El procedimiento legalmente establecido para que la prisión provisional pueda ser acordada viene regulado en el art. 505 LECRIM<sup>463</sup>, que viene a sustituir el antiguo 504 bis 2 LECRIM que introdujo la obligatoriedad de que fuera la acusación necesariamente la que solicitara del Juez de instrucción la adopción de la

---

<sup>462</sup> Sentencia del TS de 2-3-1998, núm. 326/1998. Recurso de Casación núm. 2628/1997.

<sup>463</sup> Según redacción dada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de Octubre, de reforma de la LECRIM en materia de prisión provisional.

medida que venimos comentando, y que fue introducido por la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado<sup>464</sup>.

Pues bien, el art. 25 CE, afirma que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”, lo que deja bien claro que la posibilidad de acordar medidas restrictivas del derecho a la libertad sólo puede provenir de la Administración de justicia, lo que evidencia el deseo del constituyente de que este tipo de medidas provengan de órganos decididamente “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”<sup>465</sup>. Partiendo de tales premisas, en nuestra opinión uno de los principales escollos que encuentra esta materia es precisamente que sea el propio Juez de instrucción el que acuerde la medida de prisión preventiva, y ello, pese a que sea necesario que previamente le venga solicitada por alguna de las partes acusadoras, pues a nuestro modo de ver, ello no garantiza ni la imparcialidad ni la independencia de la decisión judicial. No olvidemos que el propio artículo 505 LECRIM dice que el juez de instrucción convocará una audiencia, lo que viene a incidir en el tema en esta cuestión, pues si es el juez quien convoca la comparecencia, es tanto, como instar a las partes acusadoras a que le pidan la medida que *quiere* acordar, como certeramente apuntan GIMENO SENDRA<sup>466</sup> y MARTÍNEZ PARDO<sup>467</sup>.

---

<sup>464</sup> La Disposición Final Segunda, números 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado, introdujo el art. 504bis 2, posteriormente reformado por la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de Noviembre.

<sup>465</sup> Art. 117.1 CE.

<sup>466</sup> En este mismo sentido apunta GIMENO SENDRA que “la técnica normativa en este punto no ha sido del todo afortunada. En efecto, la LECRIM (art. 504 bis 2) parece dar a entender que la prisión provisional se habrá de ordenar tras la celebración de una comparecencia, a la que el juez convoca porque alguna de las partes ha solicitado esta medida cautelar; sin embargo, nada impide

En esta materia de la imparcialidad judicial en relación a la prisión preventiva, la Sentencia del TC de 20-5-1997<sup>468</sup> vino a establecer que esa

---

–y así viene sucediendo en la práctica- que el juez, teniendo a su presencia un detenido, tome la iniciativa y provoque la comparecencia <<buscando>> que alguien pida el ingreso en prisión, porque considera que se dan los presupuestos exigidos”. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 530.

<sup>467</sup> “Antes de acordar la celebración de la comparecencia, el Juez hará una inicial calificación delictiva y si considera innecesaria su celebración no habrá comparecencia. También puede ocurrir que el Juez acuerde la comparecencia y ni el Fiscal ni las partes acusadoras soliciten la prisión provisional del detenido; en ese supuesto, el Ministerio Fiscal y el imputado y su Letrado, tendrán obligación de comparecer. En todo caso, lo normal es que el Juez y el Fiscal se pongan de acuerdo sobre aquellos casos en que procede la celebración o no de la comparecencia según las peticiones que éste último vaya a formular”. MARTÍNEZ PARDO, Vicente José: *La prisión provisional. Régimen Jurídico*, Revista Internauta de práctica jurídica, nº 7, Enero Junio, 2000.

<sup>468</sup> “«Entre las garantías que incluye el art. 24.2 CE se encuentra, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución» (STC 145/1988 [RTC 1988\145]), fundamento jurídico 2.º). Forma parte del contenido del derecho fundamental, en la vertiente objetiva a la que se acoge la demanda, la proscripción de la acumulación en un mismo órgano judicial de funciones propiamente instructoras y decisorias. Esta concreción de la imparcialidad objetiva «se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, que el hecho de haber estado en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio puede hacer nacer en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicio y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora (por todas, STC 145/1988, antes citada); de otro, será en cada caso concreto donde habrá que determinar si se da o no la apariencia de imparcialidad, pues es la investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona, la que puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones respecto del acusado que influyan a la hora de sentenciar» (STC 136/1992 [RTC 1992\136], fundamento jurídico 2.º)”.

Continúa la citada Sentencia diciendo que “la imparcialidad objetiva de quien viene instruyendo y decide, además, la privación preventiva de libertad puede venir suficientemente avalada por exigencias tales como la postulación de esta medida por parte de la acusación, la celebración de un debate contradictorio previo, así como la existencia de un recurso inmediato ante un órgano judicial ajeno a la instrucción y con arreglo a una tramitación necesariamente



imparcialidad judicial que es necesaria y se integra en el art. 24.2 CE debe conllevar también apariencia de imparcialidad y que en cualquier caso se salva con la previsión legal de que exista contradicción en la vista que acuerda la medida. Por tanto, por un lado se admite por el TC que la propia instrucción o investigación puede llevar al ánimo del instructor perjuicios que pueden influir a la hora de sentenciar perjudicando la apariencia de imparcialidad del órgano jurisdiccional, y por otro se pone de manifiesto que la imparcialidad objetiva del instructor que acuerda la prisión provisional no tiene por qué verse afectada si se acuerda a solicitud de parte acusadora, se celebra la audiencia contradictoria y si se tiene derecho al recurso. Pues bien a nuestro modo de ver, hay algo que ciertamente no encaja, pues si nos centramos en la obligación de imponer apariencia de imparcialidad en la decisión de quien acuerda la prisión preventiva, los que conocemos la práctica jurídica no dudamos en calificar de mero *desideratum* el planteamiento del TC, pues como hemos puesto de manifiesto, si el juez *convoca* la audiencia, para que el Ministerio Fiscal le inste la prisión, si normalmente pocas o ningunas pruebas se practican en las 24 horas siguientes, si la audiencia se limita a un mero dictado de posiciones por las partes, si normalmente la medida ya está acordada o al menos pensada de antemano, y si el trámite de recurso puede durar incluso meses ¿de qué apariencia de imparcialidad estamos hablando?

Lo cierto es que la propia Sentencia que hemos transcrito parece que aún apuntando la importancia de la imparcialidad en este tipo de decisiones, pocas opciones tenía de hacer otro planteamiento, si no es el de admitir que los jueces de instrucción puedan acordar la prisión provisional, pues de lo

---

acelerada”. Sentencia del TC 1997/98 de 20-5-1997, núm. 98/1997. Recurso de Amparo núm. 4204/1994.

contrario se podría haber provocado un grave colapso en la Administración de Justicia. Razones prácticas justificaban ese planteamiento, pero es evidente que al menos la *apariencia* de imparcialidad queda en entredicho cada vez que se acuerda la prisión preventiva por el Juez instructor que viene investigando una causa. Es la propia investigación lo que le *contamina*.

Así curiosamente la Sentencia citada, para justificar la no vulneración del principio de imparcialidad concluye diciendo “no consta, finalmente, que quien adoptó la decisión inicial, que aparece como juez instructor, haya desarrollado una función inquisitiva potencialmente generadora de prejuicios respecto a la adopción de la medida de prisión”. Y precisamente aquí está la clave: ¿qué hubiera ocurrido si el juez de instrucción en ese caso hubiera llevado una labor propiamente inquisitiva, una labor en suma de investigación? ¿se habrían generado prejuicios que hubieran hecho tambalear su imparcialidad? A nuestro modo de ver la respuesta a estas dos preguntas no pueden ser más que afirmativas, y vemos en la cita de la Sentencia el verdadero alcance del pronunciamiento del TC.

Por otro lado y como hemos mencionado dos principios justificaron la introducción de la comparecencia previa para acordar la prisión provisional, el de contradicción y el acusatorio, que relegados antes a un momento posterior, ahora son introducidos con carácter previo, lo cual sin duda es un avance. Pero también se justificó esta medida, pensando en que ciertamente la imparcialidad del Juez de instrucción quedaba en entredicho desde el momento en el que decidía acordar una medida privativa de libertad, sin que nadie se lo pidiera. Al menos se hacía dudar de su imparcialidad, y por ello el Ministro de Justicia en su discurso para defender la reforma operada por la Ley 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal

del Jurado, que introdujo la comparecencia, manifestaba que “la necesidad de una nueva regulación se fundamentaba de nuevo en el principio acusatorio requerido en general para todo tipo de procesos... La necesidad de extender este procedimiento condicionando la privación de libertad a la subsistencia de una petición de parte no es sino una exigencia más para que no se quiebre la confianza en la imparcialidad del juez”<sup>469</sup>. Lamentablemente, y a nuestro modo de ver, ni aquella reforma ni la actual han venido a solventar este problema, pues la apariencia de imparcialidad no se puede conseguir mientras sea el Juez de instructor el que dirigiendo la investigación criminal, acuerde medidas privativas de libertad, y ello pese a que se las hayan solicitado las partes acusadoras.

Por otro lado, nos llama la atención el contenido del nuevo art. 505.5 LECRIM que establece la posibilidad de que si la audiencia prevista para acordar la prisión provisional no pudiere celebrarse, el Juez podrá acordar la medida de prisión, con la obligación de convocar la audiencia dentro de las siguientes 72 horas. Obviamente no estamos ante una prolongación de la detención, sino ante una medida de prisión provisional, acordada por el Juez que posteriormente tendrá que decidir sobre su procedencia previa petición de parte acusadora. No se aplican aquí los principios de contradicción y acusación, que tanto han tratado de justificar la introducción de la audiencia previa en el procedimiento para acordar la prisión preventiva, pero es que además se *autocontamina* el juez que una vez acordada la prisión provisional, acuerda en las siguientes 72 horas la comparecencia para que el Fiscal se la vuelva a pedir y así poder acordarla nuevamente. A nuestro modo de ver las primeras 72 horas (plazo constitucional de la detención) es tiempo más que suficiente para acordar la prisión provisional. Si así no se

---

<sup>469</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, número 129, 23 de Febrero de 1995, pág. 6819.

hiciera, ello no puede ir, sin más, en detrimento de las garantías procesales del imputado, no es a él a quien corresponde cargar con la falta de previsión judicial o con la falta de medios del Ministerio Público.

En igual sentido, tampoco nos parece muy acertado, por mucho que cualquier ayuda de las nuevas tecnologías sean pocas para agilizar a la lenta maquinaria de la Administración de Justicia, que se permita la intervención *telemática* del Fiscal. Que una audiencia previa pueda celebrarse en ausencia real y efectiva del Ministerio Fiscal, que comparece por video conferencia es ciertamente un auténtico despropósito, es cargar la escasez de medios humanos de la Institución en perjuicio de la inmediación, absolutamente necesaria en este tipo de comparecencia, en las que la defensa puede necesitar mantener conversación directa con el Ministerio Fiscal y viceversa. Sería tanto como permitir que el abogado compareciera por video conferencia desde su despacho, sin asistir directamente al acto. Sin duda nos echaríamos las manos a la cabeza, y con razón. Pues bien, los mismos argumentos son válidos para la comparecencia del Ministerio Público. A ello debemos añadir el hecho de que sea el Fiscal, en la mayor parte de los casos, quien deba pedir la prisión preventiva del imputado al Juez de instrucción, y ello pese a que normalmente el Fiscal tiene conocimiento del hecho delictivo por meras referencias o por lectura del atestado, dado que no suele intervenir, salvo excepciones, en la propia investigación. Si a ello añadimos lo que comentamos de la intervención telemática del Fiscal, nos encontremos con una auténtico despropósito, una falsa que ni garantiza los derechos del imputado, ni permite que verdaderamente la prisión provisional se acuerde bajo premisas de Justicia.

Apunta SERRANO BUTRAGUÑO que “este discutible aspecto de la reforma sería mucho mejor recibido, sin duda, si el Fiscal tuviera a su

cargo “ab initio” (desde el principio) la investigación de los hechos. Pero no ocurre así. ¿Y cómo puede pedir la prisión, con ciertas garantías de no equivocarse, quien no ha investigado la hechos y sólo los conoce por las referencias del atestado?”<sup>470</sup>. Aunque la pregunta sea retórica, la respuesta no es otra que afirmar que el que informa de los hechos al Fiscal es el propio Juez de instrucción, el cual le pone en antecedentes de los hechos y en cierto modo le insta para que le pida la prisión, por lo que volvemos a insistir en que es nula la imparcialidad que existe en la decisión que acuerda la prisión provisional bajo tales premisas.

### 3.2.3 Libertad provisional

ARAGONESES MARTÍNEZ define la Libertad provisional como “la situación en que se encuentra el encausado condicionada a la prestación de ciertas obligaciones accesorias que tienen por objeto asegurar su presencia en el proceso penal”<sup>471</sup>. En similares términos se pronuncia GIMENO SENDRA al manifestar que “la libertad provisional es una medida cautelar que consiste en la limitación de la libertad ambulatoria del imputado, y se adopta por el juez encargado de las investigación cuando entiende que existen motivos bastantes para considerar a una persona responsable de la comisión de hechos delictivos y por las circunstancias del caso, y en aras de las exigencias del procedimiento, es necesario restringir su libertad”<sup>472</sup>.

---

<sup>470</sup> SERRANO BUTRAGEÑO, Ignacio: Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva, Granada, 1996, pág. 482.

<sup>471</sup> ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, en el manual DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1995, pág. 397.

<sup>472</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 513.

Pues bien, en ambas definiciones subyace la idea de limitación o de obligación, por lo que realmente nos encontramos ante una medida cautelar que afecta a la situación personal del encausado, y en atención a ello, no cabe otra opción que la de considerar necesario para acordar la libertad provisional, la decisión de un órgano jurisdiccional, por cuanto queda afectado el derecho fundamental a la libertad. Pues bien, dicha idea no es discutida por la doctrina, por cuanto es aceptado que en nuestro ordenamiento sea un órgano jurisdiccional el que la adopte, pero el debate surge en cuanto se plantea si tal medida puede ser acordada por el juez de oficio o si es necesaria la petición de parte acusadora.

Dos artículos de la LECRIM recogen, no sin cierta contradicción, la posibilidad de que el Juez de Instrucción acuerde la libertad condicional. Por un lado, y en relación al detenido, el art. 505 LECRIM<sup>473</sup> establece en su apartado primero que “cuando el detenido fuere puesto a disposición del juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza”. Por otro lado, el art. 539.3 LECRIM<sup>474</sup> dice que “para acordar la prisión o la libertad provisional con fianza de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada sustituyéndola por la de prisión o libertad provisional con fianza, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de laguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 505”.

---

<sup>473</sup> Según redacción dada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de Octubre.

<sup>474</sup> Según redacción dada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de Octubre.

De ambos preceptos concluimos que para acordar la libertad provisional sin fianza el legislador ha preferido que el juez pueda acordarlo de oficio sin necesidad de petición por parte acusadora, y ello sin entrar en consideración sobre la situación personal en la que se encuentre el imputado<sup>475</sup>.

Parece justificarse tal reforma bajo la premisa de que el juez siempre puede modificar de oficio la situación personal en sentido favorable al imputado, pero no en sentido agravatorio. No obstante, de hecho es como si el legislador no hubiera venido a considerar la libertad provisional sin fianza como una medida cautelar, ya que no exige la intervención de parte acusadora que inste al juez tal decisión. Este planteamiento, a nuestro modo de ver, viene a desconocer la propia naturaleza de la libertad provisional, que tanto si es con fianza como si es sin fianza supone una clara restricción de libertad del sujeto encausado<sup>476</sup>, ya que el propio art. 530.2 LECRIM aclara que “el imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte”. Así, esa obligación de comparecer apud acta (normalmente los días 1 y 15 de cada mes) supone ya una restricción de libertad, que, según la LECRIM no es necesario que

---

<sup>475</sup> Decimos esto porque precisamente la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de Octubre ha modificado el art. 539 .3 LECRIM en el sentido de añadir la expresión “con fianza”, lo que deja clara la intención del legislador al fijar que el juez pueda, de oficio y sin instancia de parte, acordar la libertad provisional sin fianza, con independencia de la situación personal del imputado.

<sup>476</sup> Como afirme GIMENO SENDRA “*el imputado, con la resolución de libertad provisional, encuentra limitado su derecho a la libertad y queda sometido al proceso penal*”. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 513.

venga solicitada por parte acusadora, sino que el juez de oficio, y acercándose al juez inquisitivo, puede acordar sin más trámite.

Lo cierto es que el imputado durante la instrucción puede verse o no sometido a alguna medida cautelar de carácter personal<sup>477</sup>. Así si el Juez cita al imputado para ser oído y este comparece, puede, tras prestar declaración, acordarse o no una medida cautelar, y en caso de no acordarse, el sujeto se encuentra simplemente en libertad, y ello aunque exista una imputación judicial. Pues bien, tras la detención policial, al juez se le abre un abanico de posibilidades, que van desde la posibilidad de ampliar la detención hasta las 72 horas, convocar a la audiencia previa para acordar una medida cautelar, prisión provisional o libertad provisional con fianza), acordar la libertad provisional sin fianza, acordar la libertad sin cargos o libertad incondicional, pero también y esto es lo que planteamos, debe tener la opción de acordar la libertad del sujeto, manteniendo la imputación, sin que nos encontremos ante libertad provisional sin fianza, pues como decimos esta medida, no sólo constituye una medida cautelar más, sino que además, entendemos, debe venir instada por parte acusadora.

Por tanto, lo que denunciemos no es ya que la imparcialidad judicial queda en entredicho con la comparecencia del art. 505 LECRIM, por los argumentos que hemos expuestos en el apartado anterior, sino que además, el hecho de que el juez pueda acordar sin necesidad de que le sea instado

---

477 Alega MORENO CATENA que “como la instrucción se endereza también al aseguramiento de la persona del imputado para lograr su comparecencia en el juicio oral, el instructor debe citarlo –siquiera para ser oído-, o puede decretar contra él una medida limitativa de la libertad (detención, libertad provisional o prisión provisional), habiendo de permanecer el imputado a disposición de la autoridad judicial”, en el manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 261.



por parte acusadora, una medida como la libertad provisional sin fianza, supone una clara vulneración del principio acusatorio que se suponía venía a inspirar la reforma que en su día operó la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado, al introducir la audiencia previa para acordar medidas cautelares restrictivas de libertad<sup>478</sup>.

### 3.2.4 Otras medidas cautelares de carácter personal

El art. 544 bis de la LECRIM, pensando casi exclusivamente en las víctimas de los delitos de malos tratos en el ámbito familiar, introdujo tres medidas cautelares, como son la prohibición de residir, aproximarse o comunicarse con la supuesta víctima del delito, que lo acuerdo la autoridad judicial en el llamado en la práctica forense *auto de alejamiento*. Evidentemente se trata de una medida que restringe la libertad ambulatoria, por cuanto impide que el sujeto se mueva libremente, al estar condicionado a no hallarse en determinados lugares o junto a determinadas personas.

---

<sup>478</sup> A mayor abundamiento, afirma BELLIDO PENADES que “la reforma operada por la Ley del Tribunal del Jurado no garantiza la constitucionalidad del sistema de adopción de la prisión y libertad provisionales en todo caso. No se plantearán excesivos problemas si estas medidas se adoptan al inicio del procedimiento preliminar, tan pronto como el detenido se ponga a disposición del juez de instrucción competente (art. 504 bis 2 LECRIM), pues en este supuesto no habrá realizado normalmente una función investigadora previa. Pero sí que se producirán cuando estas cautelas se adopten Durante el curso del procedimiento preliminar –ya sea una instrucción o unas diligencias previas- (art. 539 LECRIM), si el juez de instrucción ha llevado a cabo la función que la ley le atribuye en esta fase del proceso penal, practicar diligencias de investigación de oficio dirigidas a la comprobación del hecho de carácter delictivo al descubrimiento del responsable (art. 299 LECRIM)”. BELLIDO PENADES, Rafael: Poderes del órgano jurisdiccional y garantía de la imparcialidad en la adopción de la prisión y libertades provisionales, Actualidad Penal, nº 18, 4 al 10 de Mayo de 1998, pág. 376.

El fin de las medidas cautelares no es otro que el “hacer posible tanto el enjuiciamiento penal como el cumplimiento de la sentencia condenatoria que se dictare”<sup>479</sup>, pero lo cierto es que en las medidas que comentamos, el fin es otro, dado que lo que se ampara es la integridad física de la víctima. No vamos a negar la virtualidad de tales medidas en el ámbito de los delitos de malos tratos, pero lo cierto, es que esta medida cautelar se acaba convirtiendo en una medida que de alguna forma adelanta el fallo condenatorio de la sentencia, convirtiéndose en una medida predelictual, por cuanto pretende evitar la comisión de nuevos delitos de malos tratos.

Pues bien, precisamente por este motivo, la decisión judicial que ampare la medida debe ser aún más rigurosa y motivada si cabe que otras medidas cautelares<sup>480</sup>, de forma que en todo momento se garantice la imparcialidad del órgano judicial que la acuerda. Por ello, y llegados a este punto, surge de nuevo el interrogante, ¿por qué esta medida cautelar no necesita ser solicitada por parte acusadora y puede ser acordada de oficio por el Juez instructor, lo cual no sólo no respecta el principio acusatorio sino que además hace caer sobre el juez que la acuerda la duda sobre su parcialidad?

---

<sup>479</sup> MORENO CATENA, Víctor, en el manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 511.

<sup>480</sup> En este sentido MORENO CATENA afirma que “no puede decirse que nos encontremos ante una medida cautelar, sino más bien, ante un instrumento excepcional y por tanto limitado en su aplicación, que ni puede ni debe servir como precedente para renunciar a los requisitos propios de las medidas cautelares ya que, en el fondo, no se trata sino de garantías y conquistas que forman parte esencial del llamado proceso justo o debido”. MORENO CATENA, Víctor, en el manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 542.

Entendemos que los mismos argumentos que fundamentaron la necesidad de que la prisión preventiva fuese acordada previa petición de la acusación, en atención al principio acusatorio y de contradicción, son reproducibles en lo que este tipo de medidas cautelares se refiere. Si el juez que investiga, que interroga, que ordena y practica las diligencias de investigación, puede imponer de oficio la medida de alejamiento, que, como hemos dicho supone en cierto modo un adelantamiento de la pena, se produce una quiebra de su imparcialidad, por cuanto debe realizar un juicio de valor, tras haber sido *contaminado* por su propia labor investigadora. Como afirma el TS “el derecho a un Juez objetivamente imparcial debe, por tanto, regir en el trámite sobre la situación personal del imputado”<sup>481</sup>. Se impone pues la necesidad de que tales medidas sean solicitadas por el Ministerio Público o parte acusadora, no sólo como garantía de imparcialidad de la decisión judicial que la adopte, sino también como avance de los principios acusatorio y de contradicción en la instrucción penal.

Igualmente y respecto a otras medidas cautelares como la suspensión de cargo público, el cierre de empresas o establecimientos, o la privación cautelar del permiso de conducir, se hace necesaria la intervención de un órgano jurisdiccional, al cual como tal le es exigible la imparcialidad que hemos venido comentando, y por tanto sería también menester que tales medidas fueran acordadas por órganos distintos a los que instruyeren, y con mayor rigor cuanto más compleja sea la instrucción y más actividad de investigación requiera por parte del instructor.

### 3.2.5 Medidas cautelares patrimoniales

---

<sup>481</sup> Sentencia del TC de 20-5-1997, núm. 98/1997. Recurso de Amparo núm. 4204/1994.

Como afirma el TC las medidas cautelares de carácter civil durante la instrucción lo que pretenden es asegurar el resultado de una posible sentencia condenatoria, haciendo eficaz la tutela judicial efectiva<sup>482</sup>.

La fianza y el embargo constituyen las medidas cautelares que la LECRIM prevé para asegurar las consecuencias económicas de la sentencia que en su día recaiga, siendo el juez de instrucción el órgano habilitado legalmente para acordarlas (art. 589 LECRIM), debiendo adoptar la forma de auto.

De este artículo 589 LECRIM deducimos claramente que es el Juez el que puede acordar tal medida durante la instrucción, pero, es más, no es necesario que sea a petición de parte, pues el Juez de oficio puede acordar estas medidas tendentes a asegurar la responsabilidad civil derivada del delito. Ciertamente nos encontramos ante una medida que al acordarse de *ex officio* sitúa al juez en una posición parcial respecto al acusado, por cuanto si el Juez se pronuncia sin que exista previa petición de parte viene a actuar con pérdida de imparcialidad. Ello no ocurre en el caso de responsabilidad civil de un tercero que no es autor del delito, en tales casos (arts. 615 y ss. LECRIM) será el actor civil quien deberá solicitar al Juez la

---

<sup>482</sup> “La adopción de medidas cautelares de naturaleza civil en el transcurso de un proceso penal constituye una potestad soberana del órgano judicial de instancia, quien, a la vista de los resultados de las diligencias ordenadas durante la fase instructora y de las alegaciones de las partes, tiene la obligación, directamente derivada del art. 24.1 CE en cuanto califica de «efectiva» la tutela que han de prestar los Jueces y Tribunales en el curso del proceso, de decretar en la correspondiente pieza todas aquellas medidas cautelares reales que estime imprescindibles para asegurar la efectividad de la resolución que en su día deba recaer sobre el objeto procesal”. Sentencia del TC de 6-2-1995, núm. 27/1995. Recurso de Amparo núm. 1299/1991.

adopción de las medidas cautelares que estime necesaria para la salvaguardia de sus intereses<sup>483</sup>.

Por otro lado no podemos negar que en el proceso penal, el perjudicado presenta una débil posición y por tanto se hace necesaria una protección pública en aras a satisfacer las legítimas expectativas de quien se ha visto perjudicado por el delito. En tales casos, sólo la iniciativa pública puede solventar el problema y salvaguardar las expectativas de la víctima. Así, lo que debemos plantearnos es quién debe ser la mano pública que vele por la salvaguardia de los intereses de las víctimas, y a nuestro entender no cabe otorgar tal cometido a otra institución que no sea el Ministerio Fiscal.

Partiendo de tal premisa, y tal y como ocurre en el procedimiento abreviado<sup>484</sup>, debería ser el Ministerio Fiscal el que instara las medidas cautelares reales necesarias para la salvaguardia de las expectativas indemnizatorias de las víctimas, lo cual no quiere decir que el propio interesado no deba tener la opción de instar lo que a su derecho conviniera, sino que muy al contrario, debe primar el ejercicio de la acción civil por el perjudicado, y todo ello, bajo la necesaria decisión judicial que sea quien autorice o no la medida que se le solicite tanto por el perjudicado directamente como por el Ministerio Fiscal. Evidentemente tal

---

<sup>483</sup> No obstante, como afirma CORTES DOMÍNGUEZ “Si en estos supuestos se exige la instancia de parte se debe a que el derecho a la indemnización no surge sólo del hecho delictivo sino también de la relación o situación jurídica de tipo civil o administrativo que una al acusado con el responsable subsidiario”. En el manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 553.

<sup>484</sup> El art. 790.6.3 LECRIM establece que “al acordar la apertura del juicio oral, resolverá el Juez de Instrucción sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, tanto en relación con el acusado como respecto a los responsables civiles...”

planteamiento no es extrapolable a nuestro proceso penal sin más, dado que la escasez de medios personales del Ministerio Público impediría que tal cometido se llevara a cabo con las necesarias garantías de salvaguardia de los intereses de las víctimas. No obstante, y a nuestro entender, *lege ferenda* sería deseable una mayor implicación del Ministerio Fiscal en la adopción de medidas cautelares reales, de tal forma que la decisión del juez se convierta en una decisión sujeta a los principios que deben imperar en el cometido que ejercen los órganos jurisdiccionales, esto es, bajo premisas de imparcialidad.

No vemos por qué se establece la diferencia que comentamos entre el procedimiento abreviado y el sumario en lo que respecta a la iniciativa de parte en lo que respecta a instar la adopción de medidas cautelares. La salvaguardia de la imparcialidad depende de que la decisión sea instada por un tercero ajeno al órgano jurisdiccional que debe decidir, y ello con independencia del tipo de procedimiento en el que nos encontremos.

Finalmente debemos mencionar que el Anteproyecto de LECRIM ha venido a proponer una restringida legitimación activa de cara a la solicitud de medidas cautelares de carácter personal<sup>485</sup>, limitando tal posibilidad al Ministerio Fiscal (salvo en lo que se refiere a medidas cautelares de protección de las víctimas en cuyo caso la víctima también estaría legitimada), y a su vez otorgando al Juez la facultad sobre la decisión última de la medida. Desde luego, se restringe el derecho de las acusaciones particulares o populares, pero también es cierto que se asegura una mayor imparcialidad en la aplicación de la medida, porque se excluyen así

---

<sup>485</sup> Art. 214.1 Anteproyecto de LECRIM

intereses particulares o partidistas de aquellos que pretendan la aplicación de la medida cautelar.

No podemos pasar por alto la nueva regulación que la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica el Código penal ha introducido respecto al decomiso pretendiendo otorgar instrumentos legales que permitan la recuperación de patrimonio proveniente de delitos, máxime en delitos tales como de blanqueo y receptación, trata de seres humanos, prostitución, explotación y abuso de menores, falsificación de moneda, insolvencias punibles, delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, corrupción en el sector privado, delitos informáticos, cohecho, malversación o delitos patrimoniales en casos de continuidad delictiva o multirreincidencia, en los que puede ser previsible que los beneficios obtenidos sean prolongados en el tiempo. De esta forma se facilita un instrumento que permite a los jueces el decomiso de bienes del condenado procedentes de otras actividades delictivas, siempre que existan indicios objetivos fundados de la procedencia ilícita de los efectos decomisados. Obviamente esta nueva regulación del decomiso abre las puertas a que las medias cautelares en materia civil puedan igualmente ampliarse de una manera importante al objeto de facilitar el decomiso de bienes que finalmente adopte el juez penal<sup>486</sup>.

---

<sup>486</sup> En este sentido ver art. 127 octies 1 del Código penal, introducido por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de Marzo: “1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

2. Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos.

3. Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente”.

Decir también que paralelamente a esta reforma, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica* ha venido a introducir los nuevos preceptos<sup>487</sup> para articular el nuevo procedimiento de decomiso inspirado en la citada reforma del Código penal. Se opta por un procedimiento autónomo intentando agilizar el proceso y garantizar los derechos de las personas que se ven afectadas por el decomiso, pero quizá lo más significativo en lo que nosotros nos atañe es que la investigación en la fase de ejecución de los bienes decomisados se encomienda directamente al Ministerio Fiscal<sup>488</sup>, lo que supone introducir una nueva función de investigación a dicha institución.

### 3.3. Secreto de sumario

Dentro de la actividad que despliega el instructor no cabe duda que el acordar el secreto de sumario constituye una medida excepcional que por

---

<sup>487</sup> Artículos 803 ter a y siguientes.

<sup>488</sup> El art. 803 ter q de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales se expresa en los siguientes términos: Investigación del Ministerio Fiscal

1. El Ministerio Fiscal podrá llevar a cabo, por sí mismo, a través de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos o por medio de otras autoridades o de los funcionarios de la Policía Judicial, las diligencias de investigación que resulten necesarias para localizar los bienes o derechos titularidad de la persona con relación a la cual se hubiera acordado el decomiso.

Las autoridades y funcionarios de quienes el Ministerio Fiscal recabase su colaboración vendrán obligadas a prestarla bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia, salvo que las normas que regulen su actividad dispongan otra cosa o fijen límites o restricciones que deban ser atendidos, en cuyo caso trasladarán al fiscal los motivos de su decisión.

2. Cuando el fiscal considere necesario llevar a cabo alguna diligencia de investigación que deba ser autorizada judicialmente, presentará la solicitud al juez o tribunal que hubiera conocido el procedimiento de decomiso.

3. Asimismo, el Ministerio Fiscal podrá dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas o jurídicas para que faciliten, en el marco de su normativa específica, la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia.



su propia naturaleza exige que se adopte con escrupuloso respeto del derecho defensa, además y dado que pueden verse afectados derechos fundamentales, debe adoptarse por un órgano jurisdiccional imparcial.

Apunta GIMENO SENDRA que “la función primordial del secreto instructorio consiste en garantizar el éxito de la investigación sumarial, evitando las comunicaciones en la causa que puedan provocar la fuga de los partícipes en el hecho punible y/o la destrucción o manipulación de las fuentes de prueba”<sup>489</sup>. Por tanto, nos encontramos ante una medida de carácter instructorio, inviable en otra fase del proceso penal. Su virtualidad radica precisamente en que con ella se debe facilitar la investigación de los hechos delictivos<sup>490</sup>.

Así, es el derecho de defensa y no el derecho a un proceso público el que puede verse afectado por la decisión de acordar el secreto de sumario. Es el derecho que tiene el imputado a saber que contra él se dirige una

---

<sup>489</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 360.

<sup>490</sup> Manifiesta el TS que “el derecho al proceso público del art. 24.2 de la CE como garantía de los justiciables, sólo es de aplicación, además de a la sentencia, al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad. El derecho que tienen las partes personadas a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de publicidad, sino que es tan sólo manifestación del derecho de defensa del justiciable debiendo, por tanto, mantenerse que el secreto del sumario, mediante el cual se impide a éste conocer e intervenir en la práctica de las pruebas sumariales, pueda entrañar una vulneración del citado derecho de defensa, pero en nada afecta al derecho a un proceso público que al propio justiciable garantiza la Constitución Española”. Sentencia del TS de 2-12-1997, núm. 1463/1997. Recurso de Casación núm. 1688/1996-P.

investigación criminal el que puede verse afectado, y por tanto, la privación de tal derecho sólo puede venir amparado por una decisión judicial expresa en tal sentido.

Pues bien, el art. 302.2 LECRIM dispone que “si el delito fuera público, podrá el juez de instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con DÍEZ días de antelación a la conclusión del sumario”. La decisión judicial que acuerde el secreto deberá tener forma de auto y por tanto habrá de ser motivado y, por supuesto, proporcionado a los intereses en juego y por un estricto periodo de tiempo.

Como hemos visto, la iniciativa puede venir de las partes y de oficio. Lógico esto último si tenemos en cuenta que en nuestro sistema es el Juez de instrucción el director de la investigación, y es quien mejor suele conocer los entresijos del sumario, normalmente incluso mucho mejor que el propio Ministerio Fiscal, quien en suma se suele limitar a dar por buena la actividad instructora llevada a cabo por el Juez. Pero, ¿es el juez de instrucción investigador el más idóneo para acordar el secreto de sumario? Obviamente el acordar tal decisión judicial supone una merma del derecho de defensa acordado en aras de una mejor investigación, pero precisamente por esa merma entendemos que tal resolución debería venir amparada por una objetividad e imparcialidad que con la configuración actual es ajena al juez instructor. Desde luego, ello podría ser viable siempre que la instrucción pasara a manos distintas a las del juez, y que éste se convirtiera en un órgano decisor de controversias durante la instrucción y garante de los derechos de los imputados. Obviamente, al ser el derecho de defensa el

que en el proceso penal más puede ayudar al imputado, cualquier decisión (tal y como ocurre con el secreto de sumario) que pueda afectarlo debería decidirse por un órgano absolutamente imparcial y ajena a la investigación, el cual realizando una ponderación de intereses valorase qué opción es la más adecuada a las circunstancias. Tal opción requeriría que sólo a instancia de parte acusadora pudiera ser acordado, pues en suma sería la que conociendo la investigación podría instar tal medida.

A todo ello debemos añadir que el secreto de sumario, en la práctica forense, lejos de aplicarse con la rigurosidad que sería exigible por parte de los jueces de instrucción, con escrupuloso cumplimiento del plazo legal de un mes, se viene utilizando con bastante desproporción sin ponderar con justos razonamientos su utilización. De hecho es práctica habitual que el secreto de sumario se vaya prorrogando mes a mes por periodos de varios meses, siendo ello una práctica que necesariamente acaba conculcando el derecho de defensa. Precisamente esta práctica abusiva es objeto hoy día de un intenso debate mediático, en el que se pone de manifiesto la necesidad de una concreta regulación legal que permita un mayor control.

La propuesta que realizó el Anteproyecto de LECRIM venía a proponer que fuera el Fiscal quien acordara el secreto de sumario, pero con la obligación de ser refrendado en 48 horas por el Juez de Garantías. Ciertamente parece razonable dicha propuesta, pero claramente adolecía de un grave inconveniente: la duración del secreto quedaba claramente en manos del Juez, el cual podía fijar el plazo que estimara conveniente y además tenía la opción de prorrogarlo<sup>491</sup>. Tal planteamiento, si bien puede favorecer una investigación, lo cierto es que resulta extremadamente

---

<sup>491</sup> Arts. 485 y ss. Anteproyecto de LECRIM.

discutible desde el punto de vista de la defensa que puede verse literalmente apartada por un plazo indefinido de la instrucción, con clara vulneración del derecho defensa.

De hecho, este problema viene ya desde lejos siendo objeto de comentarios en los medios de comunicación<sup>492</sup>, como un claro problema que es necesario abordar en la futura LECRIM, siendo una cuestión en la que al parecer las propuestas de reformas legislativas son tendentes a establecer plazos concretos máximo para que las actuaciones permanezcan secretas, lo cual ciertamente parece una necesidad que cualquier reforma no debe eludir.

Pese a todo y desde el punto de vista del ejercicio de defensa debemos preguntarnos cuando realmente es imprescindible el secreto de sumario. En este punto el legislador decimonónico de nuestra LECRIM ya apuntaba en su Exposición de Motivos que “subsiste, pues, el secreto del sumario; pero sólo en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público”. Pues bien, esos son todavía hoy los argumentos que pueden justificar el secreto, por lo que meros argumentos

---

<sup>492</sup> “El Gobierno emprende la batalla contra las filtraciones de los sumarios judiciales. El ministro de Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, ha anunciado esta mañana que el Ejecutivo limitará por ley a un mes el plazo para mantener secreto el sumario. Gallardón ha avanzado también que reformará la ley para establecer "sanciones severas" contra quien revele una actuación judicial. "Una revelación interesada puede perjudicar a una parte [del proceso]", ha defendido el ministro, cuya intención es evitar "lo que en estos momentos existe, que es una ficción de sumarios declarados secretos Durante seis, siete u ocho meses y que acaban siendo conocidos por todos los ciudadanos". Gallardón ha explicado que el límite de un mes para mantener secreto el sumario - que se incluirá en una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- no podrá superarse, "salvo por razones absolutamente excepcionales"". Noticia publicada por El País el 21 de Marzo de 2012.

de comodidad de cara a instruir sin la *presión* de la defensa no puede constituir un fundamento para acordar tal medida. Aunque evidentemente no se argumente así, lo cierto es que en algunos casos pesa esta idea en quien toma la decisión. La escasez de medios humanos y materiales para llevar a cabo las investigaciones judiciales tanto por parte de la policía como de los propios juzgados hace que se utilice el secreto como forma de poder investigar con cierta *tranquilidad*. Obviamente no es este el fin del secreto de sumario, de ahí que planteemos que la agilización de los procedimientos y la dotación de medios a la Justicia podría paliar en multitud de ocasiones el abuso que de esta figura se realiza.

#### 3.4. Las diligencias de investigación instadas por la defensa.

Como es sabido el art. 2 de la LECRIM exige que “todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias, así adversas como favorables al presunto reo, y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor”. Exigencias de carácter teleológico imponen a quienes intervienen en el proceso penal esta obligación de consignar y apreciar tanto lo adverso como lo favorable al presunto reo, por cuanto el fin del proceso penal no es otro que la averiguación de la verdad material.

Ninguna autoridad, incluido el Ministerio Público puede tener otro interés que no sea el de castigar al culpable o ver absuelto al inocente. Partiendo de tales premisas parece obvio que con independencia de quien lleve a cabo la instrucción, ya sea el Juez o ya sea el Ministerio Fiscal, lo cierto es que deberá tenerse en cuenta también aquello que pueda favorecer al imputado. Pero tal planteamiento impone una difícil situación a quien

como investigador se ve en la necesidad de hacer acopio de pruebas que permitan una imputación y con ello una condena, máxime si tenemos en cuenta que entre los fines del derecho de defensa se encuentra el obtener la mejor de las opciones para el defendido sin tener en cuenta qué es lo que en aras de la verdad material podría corresponder. Pues bien, tal premisa del derecho de defensa impone una confrontación con la acusación, que en cierto modo impide a quien la ejerce situarse en una posición de neutralidad, digamos psicológica, ya que tratará de “defenderse” de los ataques de la defensa del imputado, que en suma lo que buscan es la absolución del defendido.

Pero a su vez, y como única forma de contrarrestar tales comportamientos, el principio de contradicción y el ejercicio del derecho de defensa se erigen como garantes de una dialéctica procesal que en suma viene a poner cada cosa en su sitio, e impide desviaciones poco afortunadas del proceso que tan sólo puede llevar a oscuros caminos de injusticia. Así, fruto del principio de contradicción que debe imperar tanto en la instrucción como en el juicio oral, lo cierto es que las posiciones de partes se ven acrecentadas, lo que nos lleva a que en la práctica forense en la mayor parte de los casos las diligencias instadas tanto por el juez de instrucción como por el Ministerio Fiscal van más encaminadas a la acusación que a la defensa, lo que hace necesaria que el abogado del imputado ejerza su labor instando aquellas diligencias que considere necesarias para la defensa. Pero claro, en tales casos al menos se tiene la opción de acudir al Juez de instrucción para instar la práctica de diligencias de investigación, si así el juez lo considera oportuno.

Por eso resulta tan importante en el tema que nos ocupa, cuando la cuestión se plantea si pensamos en una instrucción dirigida por el

Ministerio Fiscal, pues en tales casos ¿cómo puede la defensa instar con ciertas garantías diligencias de investigación a la propia institución que prepara la acusación? Aunque, como dijimos, el Ministerio Fiscal tiene el deber de averiguar la verdad, y por tanto de llevar a cabo aquellas diligencias tendentes a permitir el ejercicio del derecho de defensa, parece obvio que la decisión final sobre si han de practicarse o no diligencias instadas por la defensa, no podrían recaer en la misma institución que prepara y formula la acusación, pues si ello se permitiera, obligaría a que la defensa arbitrara unos medios paralelos de investigación privados para llevar a cabo aquellas diligencias de investigación necesarias para poder demostrar la versión de la defensa. Pero claro, ello conllevaría una merma absoluta de la tutela judicial efectiva que preconiza nuestra Constitución, por cuanto no sólo impondría la carga de probar la inocencia al imputado, sino que además impediría que aquellas personas de escasos recursos económicos pudieran defenderse dignamente.

Ante tal planteamiento, entendemos que no cabría otra opción que la de permitir que la defensa tuviera la opción de instar ante un juez garante de la investigación la práctica de aquellas diligencias de investigación que el Ministerio Público hubiera rechazado a la defensa. Esta premisa ha venido a ser acogida por el propio Anteproyecto de LECRIM, que establece la posibilidad de instar al Fiscal la práctica de las diligencias de considere oportunas para la investigación. El problema surge cuando el Fiscal no las considera oportunas y mediante decreto las deniega. En tal supuesto el art. 470.3 del citado Anteproyecto establece que “Las diligencias denegadas por el fiscal durante el procedimiento de investigación podrán ser nuevamente solicitadas en el trámite de investigación complementaria, de conformidad con lo establecido en el art. 494 de esta ley”. Pero tal regulación ciertamente restringe el derecho defensa que queda relegado al momento en

que concluya la investigación instada por el fiscal. No podemos compartir tal postulado pues parece mucho más acorde con el principio de contradicción y con el ejercicio del derecho de defensa que el imputado pueda instar aquellas diligencias que le puedan beneficiar durante la tramitación misma de la investigación, y debería articularse en este momento (y no al final de la instrucción) un cauce para poder recurrir la denegación de diligencia del fiscal al juez de garantía, de tal forma que éste decida si procede o no la práctica de la misma. De hecho la posterior propuesta de Código Procesal Penal de esta última legislatura parece que ha venido a acoger este postulado, al apuntar en su art. 128 que “son impugnables los decretos del Ministerio Fiscal en los que se acuerde o denieguen medidas de investigación...”, permitiendo una impugnación de la decisión ante el Tribunal de garantía que será quien realmente decida sobre la procedencia o no de la diligencia instada.

Esta cuestión, constituye una importante cuestión de cara al otorgamiento al Fiscal de la instrucción penal. Es fundamental ante este cambio establecer mayores garantías para la defensa, que debe tener cauces claros para poder instar aquellas diligencias de investigación no aceptadas por el Fiscal. Se convierte en una cuestión clave de la futura reforma de la LECRIM, si no existen garantías que permitan a la defensa instar diligencias pese a la oposición del Fiscal, nos habremos topado con una reforma injusta y contraria a los postulados que deben regir el ejercicio del derecho de defensa.

### 3.5. El procesamiento: el acto formal de imputación, el sobreseimiento o ampliación de la instrucción

Otra de las actividades que debiéramos encuadrar como propiamente instructoras consiste en dar por concluida la investigación, dirigiendo la



imputación contra personas determinadas y elevar la causa al tribunal sentenciador o bien sobreseer el asunto, “por falta de elementos fácticos o jurídicos que no permitan la aplicación definitiva de la norma penal, condenando o absolviendo”<sup>493</sup>, como apunta PRIETO CASTRO. En ambos casos se hace preciso una resolución judicial motivada que dé por concluida la investigación, resolución que será tanto más imparcial cuanto mayor sea la desvinculación respecto de la propia investigación del órgano que la acuerde. Esta decisión de carácter jurisdiccional debe convertirse en un filtro que depure las causas que finalmente serán juzgadas, debe impedir que alguien sea injusta o innecesariamente sometido a juicio.

Pues bien, en el procedimiento ordinario, la LECRIM<sup>494</sup> prevé la llamada doctrinalmente fase intermedia, que se inicia con el auto de conclusión de sumario dictado por el Juez de instrucción, que remitirá los autos y piezas de convicción al tribunal que ha de juzgar, al objeto de que éste ratifique, si es el caso, la conclusión del sumario, u ordene la práctica de nuevas diligencias que sean instadas por las partes. Así, en este procedimiento es el tribunal sentenciador el que durante esta fase decide si han de practicarse o no las diligencias de investigación instadas por las partes, por lo que a nuestro modo de ver, la actuación jurisdiccional en esta parte del proceso está más cercana a la instrucción que al juicio oral, por mucho que la califiquemos de intermedia. El problema surge si el tribunal entra en conocimiento de la causa y decide instar la práctica de nuevas diligencias de investigación, y ello al amparo del art. 631 LECRIM que dice que “si se revocare dicho auto, se mandará devolver el proceso al Juez que lo hubiere remitido, expresando las diligencias que hayan de practicarse”.

---

<sup>493</sup> PRIETO CASTRO, L. y otro: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1989, pág. 304.

<sup>494</sup> Art. 622 y ss. Lecrim

En tal caso, el tribunal sentenciador ordena diligencias de investigación que aunque no se practiquen ante él, sí las ha mandado practicar, surgiéndonos la duda sobre si su imparcialidad como órgano sentenciador puede verse comprometida, máxime si tenemos en cuenta que el Ponente recibe los autos y piezas de convicción “por el tiempo que faltare para cumplir el término del emplazamiento”<sup>495</sup>. Debemos plantearnos entonces qué justifica este trámite procesal, este acercamiento del órgano sentenciador a la instrucción, pues lo cierto es que todo aquello que suponga participación, aunque sea indirecta del sentenciador en la instrucción, puede afectar el derecho a un juez imparcial, y no se justifica desde premisas de respeto a las reglas que deben imperar en un proceso penal moderno.

En este contexto, precisamente en el procedimiento abreviado, el legislador suprimió esta fase intermedia, y ¿acaso supuso una merma de garantías procesales para los imputados? o ¿supuso más bien una mayor desvinculación del órgano sentenciador de la instrucción, con lo que ello supone de salvaguardia de la tan apreciada apariencia de imparcialidad? Entendemos que ciertamente se produce una mayor apariencia de imparcialidad cuanto mayor sea la ajeneidad del sentenciador respecto de la instrucción. Y a mayor abundamiento tampoco puede hablarse que la inexistencia de fase intermedia propiamente dicha pueda producir merma de garantías, pues lo importante es que durante la instrucción y en el caso de que determinada diligencia de investigación instada por las partes fuere denegada por el Juez instructor, pueda recurrirse a una instancia superior que finalmente sea quien decida sobre la procedencia o no de la diligencia instada.

---

<sup>495</sup> Art. 626 LECRIM.

Así, el matiz diferenciador entre el procedimiento abreviado y el ordinario radica quizá en que en el primero, la calificación jurídica de los hechos tanto por la acusación como por la defensa se lleva a cabo ante el juez de instrucción y en el ordinario ante el propio tribunal sentenciador, y aunque la admisión de prueba sea propia del órgano sentenciador, parece más razonable que el auto de apertura de juicio oral venga dictado por quien concluye la instrucción, y no por quien comienza la fase de juicio oral.

Otro aspecto importante en lo que respecta a las decisiones que puede acordar el juez de instrucción es, sin duda, el sobreseimiento, con el cual se rechaza la pretensión punitiva y se evita el sometimiento a juicio oral, que supone una situación realmente gravosa para el sujeto que se ve sometido a tal acto. Igualmente si ninguna de las partes acusadoras pide la apertura del juicio oral, el juez deberá acordar el sobreseimiento<sup>496</sup>.

Sobre el sobreseimiento en el procedimiento abreviado el art. 782 LECRIM ha venido a configurar un sistema similar al configurado en los arts. 642 y 644 LECRIM previsto para el procedimiento ordinario, en los que la ausencia de acusación por solicitud de sobreseimiento, ya sea del Ministerio Fiscal o de parte, priva al juez de instrucción de la posibilidad de remitir los autos al tribunal sentenciador, pues con toda lógica la ausencia de quien sostenga la acusación debe suponerla finalización del proceso penal, en aras del principio acusatorio. En este punto llama la atención, la posibilidad que la LECRIM atribuye al Juez de instrucción de acudir al superior jerárquico del Fiscal que haya instado el sobreseimiento en busca de un superior criterio que entienda que la causa debe seguir y que en suma

---

<sup>496</sup> Art. 783.1 LECRIM.

sostenga la acusación. Tal intervención de connotaciones inquisitivas sitúa al Juez en una posición ciertamente complicada, por cuanto su actuación se encamina a la búsqueda de quien sostenga la acusación al no ser su criterio el de acordar el sobreseimiento. Pero por otra parte, constituye una garantía ante posibles actuaciones incorrectas de determinados fiscales.

En este punto sería ciertamente complicado, en caso de que la instrucción estuviera en manos del Ministerio Público, similar sistema, pues la posición de garante del Juez le impediría sostener esta búsqueda de acusador, prevista en nuestra legislación.

En este sentido el Anteproyecto de LECRIM ha venido a articular un sistema más coherente con lo que venimos exponiendo, de tal forma que se introduce en la fase intermedia el llamado Juicio de Acusación<sup>497</sup>, en el que en una audiencia preliminar, tras la presentación de los escritos de acusación y defensa se decide sobre la continuación no del juicio y el órgano de enjuiciamiento, distanciando así tal decisión del propio órgano que finalmente habrá de dictar sentencia, y en suma garantizando así mayor imparcialidad en el juez sentenciador. Este Juez de la Audiencia preliminar podría ser el mismo Juez de garantías que durante la instrucción ha velado por el respeto de los derechos del imputado, y que concluye así su función cuando, una vez concluida la investigación, se le pone de manifiesto la existencia de clara de indicios que permiten la continuación del procedimiento.

Otorgar mayor importancia a esta fase es ciertamente importante, porque evitaría el someter a juicio a una persona con escasas pruebas o con

---

<sup>497</sup> Arts. 521 y ss. del Anteproyecto de LECRIM.

algunas que no sean concluyentes, filtrando así lo que debe llegar y lo que no a juicio.

### 3.6. Conservación y custodia de los autos

No podemos finalizar este apartado sin mencionar, aunque sea de forma somera, este punto que a nuestro entender revista ciertamente una gran importancia. Nos referimos a la custodia de los autos. Pues bien, durante la instrucción es, en nuestro ordenamiento, el juez de instrucción quien tiene encomendada tal labor, incluyendo como hemos visto la custodia de objetos de convicción. Es lógico que así sea, pues quien dirige la investigación debe ser quien haga acopio del material fáctico de la propia investigación, para poner así a disposición de las partes los autos en aras tanto al ejercicio del derecho de defensa como en aras a sostener la acusación.

Como establece el art. 306 LECRIM “los jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente”, pero ello, como es bien sabido, con la obligación de “consignar y apreciar las circunstancias, así adversas como favorables al presunto reo”<sup>498</sup>. Por tanto, el sumario debe consistir en un acopio de material a disposición de las partes en el que se vaya recogiendo tanto circunstancias adversas como favorables al imputado.

El problema podría plantearse en caso de una instrucción dirigida por el Ministerio Fiscal, en tal caso, aunque el mismo está sometido a los principios de imparcialidad y legalidad<sup>499</sup>, y en principio no tiene por qué dudarse de que en su labor investigadora, tratará de averiguar la verdad

---

<sup>498</sup> Art. 2 LECRIM.

<sup>499</sup> Art. 124.2 CE.

material, consignando todo tipo de circunstancias (adversas y favorables), lo cierto es que el mero hecho de que el Ministerio Público sea quien custodie los autos puede mermar en determinados casos el derecho de defensa. Sería necesario no sólo que en todo momento (salvo que se decretare judicialmente secreto de sumario) la defensa tuviera acceso a los autos con todas las garantías, y que fuera posible la personación en sede de investigación, esto es, ante la oficina del Ministerio Público, sino que además se configurara un sistema en el que las defensas tuvieran la opción de instar diligencias ante la autoridad jurisdiccional, si éstas han sido denegadas por el Ministerio Público, tal y como ya hemos apuntado.

Así, llegado el momento de calificar los hechos, las partes habrán tenido acceso sin indefensión al material proveniente de la investigación. Lo que no debemos olvidar, y es más debe, en todo caso, enfatizarse, es que tal material, tales autos, no constituyen prueba en el sentido jurídico del término, hablamos de los autos, del sumario, de las diligencias de investigación, pero no de pruebas, que solo son tales las practicadas ante el juez sentenciador con todas las garantías previstas para el juicio oral<sup>500</sup>. Pues bien, si las diligencias de investigación no constituyen pruebas, si del tribunal sentenciador se exige precisamente separación tanto formal como sustantiva de la instrucción, que evite su contaminación, ¿por qué el instructor, concluida la investigación, remite sin más los autos al tribunal sentenciador, que tiene la opción de evaluar con anterioridad al juicio oral

---

<sup>500</sup> Afirma GIMENO SENDRA que “la finalidad inmediata de la prueba consiste en obtener las evidencias del tribunal sobre la veracidad de los hechos afirmados en los escritos de calificación. Ahora bien, dicha evidencia que ha de surgir de la ejecución de la prueba no puede obtenerse de cualquier modo ni a cualquier precio, sino mediante la instauración del contradictorio, en un juicio oral público en el que las partes con igualdad de armas han de convencer al tribunal sentenciador”. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 629.

el material proveniente de la investigación, con el peligro que ello conlleva en aras a la salvaguardia del derecho a un juez imparcial?

Desde luego tal planteamiento no ha sido ajeno al propio Legislador, pues cuando se introdujo en nuestro enjuiciamiento el procedimiento con jurado, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de Mayo, estableció en su art. 35 que no se remitieran sin más los autos al Tribunal competente, sino que se hiciera testimonio de los escritos de calificación, la documentación de diligencias no reproducibles, el auto de apertura de juicio oral, los instrumentos y piezas de convicción, así como otros documentos que así fueran pedidos por las partes. Pues bien, lo cierto es que se reserva la custodia de los autos al Juez instructor, precisamente poniendo a disposición de las partes el material e impidiendo a su vez que los autos lleguen a manos de quien ha de juzgar. Como afirma la Exposición de motivos de la L.O. 5/1995 del Tribunal del Jurado, se deja en manos del juez de instrucción “la decisión de la información necesaria a remitir al Tribunal del Jurado que, sin embargo, impida la disposición del material sumarial que podría limitar la efectiva incidencia de los principios de oralidad, inmediación y celeridad necesarios en dicho enjuiciamiento”<sup>501</sup>.

---

<sup>501</sup> En este sentido, afirma MONTERO AROCA que “pretende la LOTJ excluir en lo posible el que los jurados entren en contacto con las actuaciones sumariales, al objeto de evitar valoraciones por los mismos de diligencias de investigación que pongan en peligro su imparcialidad, dada la tendencia natural de todo jurado a apreciar, sin distinguir su verdadero valor probatorio, cuantos documentos pongan a su alcance”, y continúa “es en definitiva, el sentir de la LOTJ que las actuaciones sumariales no gocen del carácter de verdadera prueba sino de diligencias de investigación encaminadas a preparar el juicio oral, tal como para el sumario establece el art. 299 LECRIM”. MONTERO AROCA, Juan: *Comentarios a la Ley del Jurado*, Pamplona, 1999, pág. 599.

Pues bien, esta dualidad de sistemas en lo que a la custodia de los autos se refiere, no está, a nuestro parecer, justificado, pues si bien el conocimiento jurídico de los jueces y tribunales supone ciertamente un filtro por el propio conocimiento de la distinción entre diligencia de investigación y prueba, no es menos cierto que si se aplicara el sistema establecido en el art. 35 LOTJ para todo tipo de procedimientos, se llegaría al juicio oral con una mayor sensación de imparcialidad del propio órgano sentenciador, por cuanto su primer contacto con los hechos se produciría en el propio acto del juicio, con lo que ello conlleva de garantía para el correcto enjuiciamiento de los hechos delictivos.

No obstante, lo cierto es que esta cuestión continúa siendo una cuestión pendiente de resolverse en nuestro proceso penal. De hecho, y con acierto el Anteproyecto de LECRIM ha previsto inicialmente que “el procedimiento de investigación se custodiará bajo la responsabilidad del secretario judicial del servicio común procesal que corresponda”<sup>502</sup>. Y no es baladí tal previsión, pues viene a posicionar a cada sujeto que interviene en el proceso penal en su justo ámbito, de tal forma que el secretario se convierte en el custodio de los autos, dejando a las partes el cometido de aportar al mismo lo que se vaya instruyendo y al juez, en su calidad de garante del procedimiento.

Pero como ya hemos apuntado, el principal problema en la custodia de los autos no se plantea, bajo nuestro punto de vista, en fase de instrucción, sino cuando llega la hora del enjuiciamiento, y en esto sí es bastante coherente el Anteproyecto de LECRIM que en sus arts. 540, 541, 542 y 592, pues articula un sistema garante de la imparcialidad del órgano

---

<sup>502</sup> Art. 117 Anteproyecto de LECRIM.



de enjuiciamiento y a su vez posiciona a las partes acusadoras y defensa en pie de igualdad.

Así, el citado art. 540 prevé la formación de un “expediente para el juicio oral” que remitirá el secretario judicial junto con los instrumentos del delito y demás piezas de convicción, excluyendo del citado expediente todo aquello que no sea las actas de aseguramiento de fuentes de prueba, diligencias no reproducibles e informes, garantizando de este modo que el tribunal sentenciador no se *contamine* con diligencias policiales y otras diligencias de investigación. Pues lo cierto es que en muchas ocasiones, y así lo demuestra la práctica forense, los jueces sentenciadores antes del juicio tienen ya conocimiento del hecho que se va someter a juicio, de forma tal que están antes del juicio perfectamente instruidos de lo acontecido. Dicha práctica es ajena desde luego al principio de imparcialidad y por ende debe ser excluida de nuestro proceso penal.

Como decimos también esta propuesta del citado Anteproyecto garantiza una igualdad de armas entre acusadores y defensores pues el art. 542 fija que “las partes podrán pedir en cualquier momento las copias que les interesen para su propio uso en el curso del juicio oral”. Y curiosamente se afirma seguidamente que dichos testimonios podrán eventualmente ser usados por las partes en el propio juicio conforme al art. 592, es decir, permitiéndose una lectura de contraste y la aportación del testimonio en el mismo momento del juicio. De esta forma, quizá los juicios puedan ser más sorprendidos para el tribunal sentenciador, pero sitúa al mismo en una posición más imparcial, y otorga a la instrucción su verdadera virtualidad que no es otra que la de preparar el juicio oral.



## **VI. LA INSTRUCCIÓN SUPRAPARTES**



## 1. Aproximación al modelo de instrucción suprapartes

Como ya hemos mencionado la instrucción constituye una fase del proceso penal necesaria y previa al juicio oral, que permite llevar a cabo la investigación de los delitos, con el objeto de que las partes tengan a su disposición los elementos necesarios para ejercer tanto postulados de defensa como de acusación. Pues bien, de la instrucción hemos predicado su carácter procesal no sólo por el carácter de las resoluciones que durante la misma se pueden tomar (incluido el sobreseimiento libre, con plenitud de efectos de cosa juzgada), sino también como garantía procesal que permite al imputado verse amparado por la jurisdicción en materias tan sensibles como los derechos fundamentales, y, como bien sabemos, los órganos jurisdiccionales deben moverse bajo premisas de imparcialidad. Como apuntaba ARAGONESES “en el sistema de instrucción por el juez se convierte a este funcionario en un elemento híbrido, mezcla de investigador (función policial), de preparador de la acusación (dependiente del fiscal) y juez (que toma ciertas medidas de tipo judicial), pero indudablemente sospechoso en su imparcialidad”<sup>503</sup>.

Así y dado que todo proceso debe desarrollarse bajo premisas de contradicción, resulta necesario un posicionamiento dialéctico entre los sujetos intervinientes. A estos sujetos se les ha venido definiendo como partes, pero no sin controversia doctrinal, pues contrariamente a lo que ocurre en el proceso civil<sup>504</sup>, en el proceso penal el concepto de parte no ha

---

<sup>503</sup> ARAGONES ALONSO, Pedro: *Instituciones de Derecho Procesal penal*, Madrid, 1981, pág. 227.

<sup>504</sup> Precisamente por lo evidente que resulta que en el proceso civil la propia existencia de cada parte o sujeto interviniente que muestra un interés claro, subjetivo y directo en la resolución a su favor del asunto controvertido, en el proceso penal por el contrario al no existir tal interés propio

sido pacífico. Así, hay quienes plantean la inexistencia de partes en el proceso penal, o al menos que tan sólo es parte quien defiende un interés propio, cosa que nunca hace el Ministerio Público. En este sentido FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO matiza que “de haber partes en el proceso penal únicamente merecerían tal calificación el acusado o acusados; responsables civiles directos y subsidiarios; querellantes o acusadores particulares y privados y actores civiles”<sup>505</sup>.

Pese a todo entendemos que puede aceptarse, siguiendo a MORENO CATENA la definición que plantea del concepto de parte procesal como “aquel que postula una resolución judicial frente a otra persona (parte activa), y aquel contra quien se insta dicha resolución (parte pasiva), con independencia de que se el actor sea o no titular del Derecho material hecho valer (en este caso el único titular del Derecho penal es el Estado)”<sup>506</sup>. Así, podemos afirmar que aunque en el proceso penal hablemos de partes en sentido formal, desde el punto de vista del sujeto acusado sí existe una posición de parte en sentido material, por cuanto existe un derecho subjetivo a la libertad, a obtener una sentencia absolutoria<sup>507</sup>. En este

---

en todos los sujetos que intervienen (como le ocurre al propio Ministerio Fiscal), se duda de la propia existencia de las partes. Pero ello ocurre precisamente por intentar extrapolar el concepto de parte del proceso civil al penal: son dos procesos regidos por principios distintos y por tanto en muchas ocasiones los conceptos no son exportables de un proceso a otro.

<sup>505</sup> FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *El Ministerio Fiscal en España*, Madrid, 1977, pág. 173. Este autor realiza en su libro un análisis de las distintas posturas doctrinales en relación a la consideración como parte al Ministerio Fiscal, concluyendo en que el mismo no es parte por cuanto no defiende un interés propio.

<sup>506</sup> MORENO CATENA, Vicente, en el manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 238.

<sup>507</sup> GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Itziar: *Pluralidad de partes en el proceso penal*, Madrid, 1998, pag. 6. El argumento apuntado es mantenido por este autor, afirmando que si bien la posición de la

mismo sentido se pronuncia ARMENTA DEU que afirma que en este ámbito “resulta preferible reducir el concepto de parte en el proceso penal a su acepción formal, de modo que parte es quien actúa en el proceso pidiendo al órgano jurisdiccional una resolución jurisdiccional, quien aporta alegaciones, prueba y el material, así como participa de la contradicción; y ello con independencia de la relación que dicho sujeto tenga con el fondo del proceso”<sup>508</sup>.

Ciertamente, si en el mismo proceso penal, ya es controvertido hablar de partes, durante la instrucción, el concepto se hace aún si cabe más equívoco. Durante esta fase la posición predominante del acusador hace pensar en una desigualdad de armas justificada por la necesidad de averiguar la verdad material, normalmente ocultada por el delincuente. Y así esa preponderancia del acusador puede hacer dudar sobre la propia existencia de partes durante la instrucción. Pero a nuestro entender la controversia debe resolverse en el sentido de admitir la existencia de partes durante esta fase del proceso penal<sup>509</sup>.

En este sentido de reforzar el derecho de defensa parece ir la reforma introducida por la Ley de juicio rápido (Ley 38/2002) que otorga una nueva

---

acusación pública tiene una caracterización de parte formal, la posición del sujeto acusado tiene una clara connotación de carácter material.

<sup>508</sup> ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Madrid, 2012, pág. 79.

<sup>509</sup> Porque, como afirma MORENO CATENA, “se coloca a los distintos sujetos en un plano de equiparación y de contradicción, evitando la supremacía y preponderancia de las partes acusadoras que, con anterioridad, agravaba la posición de los imputados; de este modo, el derecho de defensa deberá salvaguardarse y sólo podrá ser restringido en los supuestos especiales y extraordinarios que exija la investigación según las leyes procesales, y si resulta indispensable a tal fin”. MORENO CATENA, Vicente, en el manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 240.

dimensión a los derechos del imputado durante la instrucción<sup>510</sup>. Por tanto, parece que las modificaciones que se van introduciendo en el proceso penal tienden a garantizar el derecho de defensa, a configurar un sistema de mayor igualdad de armas durante la instrucción, y en suma a otorgar un posicionamiento de parte durante el proceso. En este mismo sentido la reforma introducida por la *L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas*, ha abierto un nuevo elenco de posibilidades en el ejercicio del derecho de defensa, dado que se traspone la Directiva 2013/48/CE del parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013. Así, la nueva redacción dada por esta Ley al art. 118 LECRIM supone claramente un avance en las garantías procesales para un correcto ejercicio del derecho de defensa.

El hecho de hablar de partes en el proceso penal, y durante la instrucción, es visto, como hemos expuesto, como una garantía para el propio imputado, que ve en la controversia un modo de ejercer su defensa bajo premisas más igualitarias. No obstante, tal posicionamiento ha sido objeto de críticas por quienes entienden que “el Estado revestido de imperium cristaliza la representación sociopolítica de la Sociedad y como tal no puede tener preferencias por nada ni por nadie. Su fin primordial es el Bien Común, proporcionando a la Comunidad nacional los medios idóneos

---

<sup>510</sup> Así como indica SOSPREDA NAVAS “una vez informado de sus derechos, el imputado no detenido tendrá derecho a la asistencia letrada en su declaración policial, pudiendo solicitar el nombramiento de un Abogado de oficio... el juez debe informar al imputado de cuáles son los hechos que se le imputan antes de recibirle declaración... se amplía el derecho del imputado, sea o no detenido, a entrevistarse reservadamente con su Abogado tanto antes como después de prestar declaración”. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José: *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión provisional y orden de protección. El juicio de faltas*, Madrid, 2004.



para el mejor logro del mismo. Ello implica, por tanto, la tutela de los derechos, tanto individuales como sociales de sus miembros, lo que en el ámbito penal se logra a través del ejercicio del *ius puniendi*”<sup>511</sup>. Tal visión, se nos antoja, cuando menos trasnochada, y desde luego algo ingenua. Es casi tanto como pensar que el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado puede ser ejercido casi de forma automática, sin proceso contradictorio, y ello simplemente porque el Estado busca el Bien Común. No podemos compartir tal planteamiento, pues resulta patente que pese a lo indiscutible de la exclusividad del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, y pese a que el Estado propugne la libertad, la justicia y la igualdad, lo cierto es que sólo desde el proceso puede llegarse a postulados de Justicia, por cuanto la contradicción de las partes bajo el amparo jurisdiccional es la única forma posible de *controlar* desviaciones intencionadas o no del poder del Estado.

Por ello, como afirma SUÁREZ LEOZ<sup>512</sup> resulta tan sumamente importante que el ejercicio del derecho de defensa esté salvaguardado desde

---

<sup>511</sup> FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *El Ministerio Fiscal en España*, Madrid, 1977, pág. 178.

<sup>512</sup> SUÁREZ LEOZ, David: *El nacimiento del derecho de defensa en la fase de instrucción*, Cuaderno de Derecho Judicial, nº 5, 1995, “Cuestiones penales y procesales militares”, Consejo General del Poder Judicial. “Se da entrada al procedimiento, adquiriendo la condición de parte, a todo aquel contra el que se dirige una acusación, desde el momento en que conozca o le sea comunicada esa imputación. Se reconoce la nueva categoría de - imputado- a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido, actuando en el procedimiento penal cualquiera que éste sea, desde que se le comunique inmediatamente la admisión de denuncia o querella o cualquier otra actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, o haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, así lo recoge la Sentencia del T.C. 44/1985. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en igual sentido, reconoce que las garantías procesales y el respeto de defensa de todo acusado, exige que, desde el momento en que el Juez estime que existen indicios para considerar que el procedimiento debe dirigirse contra persona determinada, por atribuírsele el delito perseguido, debe considerarlo como imputado y

el inicio del procedimiento, o incluso más allá desde que cualquier actuación policial o judicial se dirija contra el imputado.

Así, la necesidad de configurar un derecho de defensa efectivo y desde el comienzo de la instrucción, nos hace que hablemos de partes en esta fase del proceso, y por ende, entendamos que la posición del Juez de instrucción podríamos calificarlo de suprapartes, por cuanto el juez es garante de los derechos del imputado. Y ciertamente esa posición suprapartes es la genuina de la jurisdicción, porque el distanciamiento de las partes permite tomar resoluciones imparciales dentro de la instrucción. Pero ¿qué ocurre con la dirección de la investigación? ¿cambia el posicionamiento del juez de instrucción cuando realiza cualquier labor investigadora? ¿deja esa posición suprapartes para posicionarse como parte investigadora, o por qué no acusadora? Dos funciones de difícil conjugación que hacen surgir la duda sobre la imparcialidad del propio juez instructor, que difícilmente podrá dirigir con éxito una investigación criminal y a su vez tomar decisiones jurisdiccionales absolutamente imparciales. Entendemos que la posición del juez de instrucción es ciertamente compleja. Por un lado, se ve obligado a usar los medios que el derecho pone a su alcance para la averiguación de los delitos y ello dentro de su posición jurisdiccional (imparcial e independiente), pero por otro lado, suele posicionarse, aun incluso de forma inconsciente, más cercano al Ministerio Fiscal que a la defensa, justificándose tal comportamiento porque, sea de un modo u otro, tanto el Ministerio Fiscal como el Juez de instrucción son autoridades públicas que buscan la averiguación de la verdad material, el cumplimiento, en suma, con la Justicia; pero claro, la defensa se debe a su defendido, no busca la verdad material como fin

---

hacérselo saber, instruyéndola de sus derechos y proporcionándole un letrado que la defienda. (Vide TS 2.º S. de 9 de febrero de 1995)”.

último, sino por el contrario, debe buscar aquello que tanto desde un punto de vista formal como material pueda llevar a la absolución de su defendido o bien a la imposición de la pena o medida más favorable.

Partiendo de tales premisas es lógico que el posicionamiento del Juez de instrucción durante la investigación sea más cercano al Ministerio Fiscal que a la defensa, pero, como apuntamos, ello conlleva un inevitable riesgo, y es que el Juez acabe perdiendo esa posición suprapartes que le otorga la necesaria imparcialidad que debe revestir cualquier clase de actividad jurisdiccional.

Podemos, pues, definir el modelo de instrucción suprapartes como aquella fase del proceso penal dedicada a la investigación penal y encaminada a la preparación del juicio oral, en la que la dirección está asumida por un órgano jurisdiccional, que debe posicionarse en una situación de imparcialidad e independencia sobre las partes acusadoras y defensoras.

Dicho posicionamiento suprapartes lo vemos en varios artículos de nuestra LECRIM, que decidió mantener una instrucción dirigida por el juez de instrucción pero dando “un paso más en el camino del progreso, llevando en cierta medida el sistema acusatorio al sumario mismo, que es, después de todo, la piedra angular del juicio y la sentencia”<sup>513</sup>. Se reconocía como mejor el sistema acusatorio, pero igualmente se aceptaba la imposibilidad fáctica de cambiar de un sistema inquisitivo a otro acusatorio de la noche a la mañana. Se introdujeron mejoras al sistema inquisitivo, algunas de las

---

<sup>513</sup> Exposición de motivos de la LECRIM.

cuales podríamos considerar incluso como mejoras al propio modelo acusatorio, que obviamente también adolece de defectos.

Así, es significativo en este punto mencionar el art. 311.1 LECRIM que nos dice que “el juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales”. Este artículo constituye no sólo un posicionamiento del juez de instrucción suprapartes, sino que posiciona en pie de igualdad a la acusación pública y a la defensa. Permitir que tanto el Ministerio Público como la defensa tengan la opción de instar diligencias es algo ciertamente positivo no sólo para el sistema de instrucción instituido por nuestra LECRIM, sino incluso para otros modelos de instrucción dirigida por el propio Ministerio Fiscal, y ello, porque permite a la defensa ejercer su derecho no sólo en cuestiones de valoración de diligencias instadas por otros, sino que además puede instar sus propias diligencias tendentes a la búsqueda de la absolución o de la mejora de la situación del imputado. Aunque quizá lo más significativo sea que la defensa no se ve “sola” ante la maquinaria de investigación pública, obviamente equipada y preparada para su cometido, sino que se le permite el uso de los medios públicos para obtener diligencias de investigación que puedan resultar beneficiosas.

Debemos apuntar que el posicionamiento suprapartes del juez de instrucción está obviamente condicionado a la propia existencia de partes en el proceso penal. Y si bien es cierto que no podemos trasladar sin más el concepto de parte civil al proceso penal, no por ello podemos olvidar que frente al interés del Estado en ejercer el *ius puniendi*, surge el *ius libertatis*

del acusado y esta confrontación de derechos conlleva necesariamente la propia existencia de partes procesales<sup>514</sup>.

## 2. Modelo tradicional: el juez de instrucción

### 2.1. Evolución del juez instructor

Como hemos tenido ocasión de estudiar el juez instructor surge en la configuración del sistema procesal de corte inquisitivo, de tal forma que el juez se convierte en acusador y el acusado, perdiendo su cualidad de parte, se configura como objeto del proceso penal. Indudablemente el sistema inquisitivo hacía perder garantías procesales a los acusados, y pese a su larga vigencia en el tiempo, fue sustituido por modelos inspirados en el respeto a los derechos procesales del acusado. Se impuso el sistema acusatorio como contrapartida al sistema inquisitivo, que al atribuir al juez la doble función de acusar y juzgar le hacía perder cualquier atisbo de imparcialidad<sup>515</sup>.

---

<sup>514</sup> Como afirma MORENO CATENA “en el proceso penal necesariamente han de existir dos sujetos, sin cuya concurrencia no se puede entrar en el juicio, que mantengan posiciones contrapuestas, de modo que cuando no se dé contradicción (porque el órgano público inste la absolución del inocente o pida el sobreseimiento), finalizará el proceso o no se llegará a abrir; hay una parte activa, un acusador que pide la condena por entender que el acusado ha cometido un hecho delictivo, por cuando la jurisdicción no puede actuarse de oficio, y como parte pasiva ha de haber un acusado, frente a quien esa condena se pide, que ocupa la posición contraria, defendiéndose de la acusación para obtener su absolución o una condena más reducida, ejercitando su derecho a la libertad”. MORENO CATENA, Víctor, en el manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 239.

<sup>515</sup> “Había abocado hacia la figura del juez la función de acusador, atribución justificable desde la perspectiva de tutelar un interés en la persecución de índole pública y acorde con la progresiva transición de la concepción del derecho de penar de privado a público. Al asumir este contenido, empero, el órgano judicial reunió en un único sujeto dos facetas sólo conjugables al precio de la pérdida absoluta de una de las características esenciales de la función jurisdiccional: la

Por tanto, la pérdida de imparcialidad del órgano jurisdiccional se convertía en el problema crucial del sistema inquisitivo, y dando paso al acusatorio se pretendió paliar este problema. No obstante, el sistema acusatorio formal no vino, a nuestro entender a solucionar el problema de la imparcialidad, dado que mientras el juez dirija la investigación, difícilmente podrá abstraerse de su posición inquisitiva y difícilmente podrá adoptar resoluciones absolutamente imparciales, o al menos no soslayadas por la apariencia de parcialidad.

## 2.2. Funciones del juez instructor

Como ya hemos tenido ocasión de comentar son básicamente, y a grandes rasgos, dos las funciones que en nuestro proceso penal realiza el juez de instrucción. Por un lado encontramos funciones de dirección de la investigación, o al menos de posibilidad de ejercer esa dirección, y por otro lado, funciones propiamente jurisdiccionales, de garante de los derechos fundamentales de los imputados y dirección del proceso.

Impone el art. 303 LECRIM que “la formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los jueces de instrucción...”. Necesariamente tal afirmación implica que el juez de instrucción es el encargado de realizar las actuaciones encaminadas a preparar el juicio oral, realizar las averiguaciones oportunas, haciendo constar las circunstancias que puedan influir en la calificación y culpabilidad, asegurando sus personas y sus responsabilidades civiles (art. 299 LECRIM). Así por un lado, encontramos una labor de investigación (averiguación del delito) que en principio no tiene por qué revestir carácter

---

imparcialidad”. ARMENTA DEU, Teresa: *Principio acusatorio y Derecho penal*, Barcelona, 1995, pág. 57.

jurisdiccional, aunque el juez de instrucción, lógicamente nunca se desviste de tal carácter, y por otro lado, encontramos esa labor de aseguramiento de personas y bienes, siendo aquí donde la labor propiamente jurisdiccional del juez de instrucción despliega todo su efecto, por cuanto, tal aseguramiento puede implicar restricción de derechos que sólo pueden acordarse de la mano de un órgano jurisdiccional.

A estas dos funciones, digamos tradicionales, debemos añadir otras que completan su actividad dentro de la instrucción. Así, el juez de instrucción es el encargado de dar validez a las pruebas preconstituidas y a las pruebas anticipadas que se practiquen durante la instrucción. Tiene además encomendada funciones jurisdiccionales encaminadas a dirigir el proceso en esta fase, pudiéndolo dar por concluso o acordar el sobreseimiento, función ésta importante por cuanto implica la terminación del mismo.

Y por supuesto, no podemos olvidar otra función que la nueva Ley 8/2002 ha venido a otorgar al juez de instrucción: la posibilidad de dictar sentencia de conformidad en determinados casos. Tal prerrogativa del juez de instrucción de contenido absolutamente jurisdiccional es ajena a la propia función instructora, por lo que más bien, podemos decir que ha venido a recaer en el juez instructor más por motivos organizativos y de planta judicial, que porque realmente se considere que es este órgano el más idóneo para llevarla a cabo.

Con este sistema de conformidad en los juicios rápidos surgen dudas de imparcialidad en el órgano que debe dictar sentencia, pero se ha venido a justificar su constitucionalidad alegándose que su función es meramente de

aprobación de lo que las partes le platean<sup>516</sup>. No obstante, se trasluce bajo esta argumentación un problema de fondo, que no es otro que el de otorgar a un órgano jurisdiccional funciones ajenas a su propia condición imparcial e independiente. Si partimos de tal premisa, lo cierto es que lo que no encaja no es que el juez de guardia sea el que dicte la sentencia de conformidad, que ciertamente puede ser el juez orgánicamente más adecuado para llevarla a cabo, sino que el juez de guardia sea quien lleve a cabo esa pequeña instrucción que inevitablemente conlleva todo juicio penal, incluido los rápidos.

### 2.3. Ventajas e inconvenientes

Partiendo de la definición de *proceso* de ARAGONESES, que la conceptúa como “aquella estructura de obtención de un reparto justo por medio de la institución estatal, imparcial y autónoma, que específicamente destinada al efecto decide sobre pretensiones actuadas en forma controvertida”<sup>517</sup>, podemos prever la dificultad que entraña conceptuar como una fase procesal a la instrucción cuando ésta es realizada por un órgano situado suprapartes, como el caso del juez de instrucción. Desde el momento en que las pretensiones procesales deben tener forma controvertida, lo que necesariamente implica una confrontación de

---

<sup>516</sup> Como apunta SOSPEDRA NAVAS, aclarando que “el juez de guardia realiza una actividad de enjuiciamiento limitada a la aprobación de la propuesta que las partes le someten de conformidad, sin que tenga la potestad de dirimir la discrepancia con la calificación de las partes. En el caso más extremo del art. 787.3 de la LECRIM, el juez de guardia aprueba la propuesta modificada por su iniciativa, pero también aceptada por las partes”. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José: Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión provisional y orden de protección. El juicio de faltas, Madrid, 2004, pág. 178.

<sup>517</sup> ARAGONES ALONSO, Pedro: Proceso y derecho procesal. Concepto, naturaleza, tipos, método, fuentes y aplicación del derecho procesal, Madrid, 1960, pág. 73.



posiciones de las partes, y desde el punto en que la imparcialidad del órgano jurisdiccional debe ser premisa clara de actuación procesal, nos encontramos de por sí con un modelo de difícil encuadre procesal, no porque entendamos que en todo caso la concepción de la instrucción no deba tener tal caracterización procesal, sino porque realmente resulta complejo, por no decir forzado, intentar conceptuar la instrucción llevada a cabo por el juez en forma controvertida.

Dicha forma controvertida implica necesariamente la existencia de dos partes que dentro de la instrucción vayan por un lado investigando el hecho criminal, y por otro ejerciendo el derecho a la libertad de todo imputado, y ello siempre bajo la jurisdicción de un órgano judicial, que, caracterizado esencialmente por su independencia e imparcialidad, decida sobre las pretensiones de las partes en materias que puedan afectar derechos fundamentales. Pero en la instrucción suprapartes (como hemos venido a llamar a la instrucción que lleva a cabo en nuestro sistema el juez de instrucción) falta durante la investigación esa necesaria confrontación que caracteriza al proceso penal, y por tanto hace que nos encontremos ante un modelo de instrucción, que situada en el proceso penal, no está envuelta sin embargo de los principios que inspiran todo proceso.

Esta dicotomía entre la caracterización procesal de la instrucción derivada de que su dirección corresponde a un órgano jurisdiccional y su difícil encuadre desde un punto de vista de controversia de partes sometidos a la decisión de un órgano imparcial, nos lleva a la necesidad de replantearnos el modelo correcto de instrucción. Así, la necesidad de *amparo* procesal a la instrucción, entendemos debe constituir una premisa en toda reforma de la instrucción que vele por garantizar los derechos del imputado. Sólo bajo premisas de controversia durante la investigación es

viable una instrucción que permita tanto ejercer la acusación como articular la defensa. El proceso es, en suma, garantía para el imputado<sup>518</sup>. Pero además, se hace necesario que la instrucción forme parte del proceso como forma de control o corrección jurisdiccional de la actividad de las partes, que llevadas por su celo correspondiente a su propia posición, desvíen su actividad sin tener en cuenta el fin última de la Justicia, que en todo caso sí será premisa del juez que controle el juego de controversias de las partes.

En la instrucción suprapartes aparece el riesgo, ya apuntado, de vulneración del derecho a un juez imparcial. Por un lado las decisiones del juez de instrucción están inmersas en su propia investigación y por tanto condicionadas a su conocimiento previo, lo que, aunque pudieran ser imparciales, las hace, cuando menos dudosas. Pero es que además si judicializamos meros actos de investigación con la intervención del juez de instrucción, se corre el riesgo de que el juicio oral pierda parte de su virtualidad, pues puede convertirse en pruebas meros actos de investigación.

Por otro lado tampoco puede plantearse una instrucción ajena a un órgano jurisdiccional, ya que encontramos la necesidad de decisiones judiciales en cada resolución que afecte derechos fundamentales y además se hace necesario también que un órgano imparcial tenga la posibilidad de acordar la práctica de aquellas diligencias de investigación que la defensa o

---

<sup>518</sup> Como certeramente apunta ASENSIO MELLADO “si el imputado en un Estado de Derecho es sujeto del proceso y no mero objeto, no cabe duda de que el proceso en sí mismo cumple también la función de protegerlo de todo tipo de abusos que, bien, pudieran limitar sus derechos inherentes a su condición de persona, bien pudieran por tanto conducir a situaciones injustas y que no garantizaran el hallazgo de la verdad”. ASENSIO MELLADO, José María: *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2003, pág. 27.

la acusación particular estimen necesarias y que el Ministerio Fiscal hubiera denegado. Por tanto, entendemos que el mayor peligro de la instrucción extraprocesal está precisamente en la ausencia de garantías procesales que permitan una verdadera confrontación de posiciones y que un órgano imparcial decida en caso de controversia.

Pero la reforma de la instrucción no debe llevarnos a planteamientos simplistas en que lo que se modifique sea un cambio de papel institucional del juez por el fiscal. Son muchos aspectos de la instrucción los que necesitan ser reformados, y dentro de estos, el cambio de papel que se pretende dar al Ministerio Público debe ser uno más, que unido a otros, permita abordar el nuevo código procesal penal de la democracia dentro de unos parámetros aceptables de agilidad, eficacia y respeto de las garantías procesales.

Como afirmó en su día el Fiscal General del Estado, Sr. Conde Pumpido, “no se trata de cambiar el juez de instrucción por el fiscal de instrucción. Se trata de hacer un nuevo modelo de instrucción. No hay que cambiar el órgano, sino la instrucción misma. Hay que redistribuir lo papeles que en este momento tienen el juez y el fiscal. El fiscal debe impulsar la investigación sin convertirse él en instructor, y el juez debe tutelar las garantías convirtiéndose en juez de libertades o de garantías, pero no debe llevarse él la iniciativa de la instrucción”<sup>519</sup>. Parece, pues, que la idea de necesidad del instructor, tal y como hoy lo concebimos, se convierte en un instrumento contingente que deja de tener la virtualidad asignada legalmente de dirigir la investigación y velar por la tutela de los derechos del imputado. Por tanto, partamos de la base de que, quizá la

---

<sup>519</sup> Declaraciones de D. Cándido Conde-Pumpido, Fiscal General del Estado, al diario El País, Domingo 27 de Junio de 2004.

conveniente no es sustituir al juez instructor por el fiscal instructor, sino configurar la instrucción como mera investigación de hechos presuntamente criminales, dentro de la cual puede ser necesario en ocasiones acudir al juez para pedir determinada autorización en casos de afección durante la investigación de derechos fundamentales. La concepción es distinta, mientras que en la instrucción judicial el papel del juez resulta decisor e investigador, convirtiendo la instrucción misma en elaboración judicial, aunque quizá alejada de las premisas que deben imperar en actuaciones jurisdiccionales, en la investigación encauzada por el Ministerio Fiscal subyace una concepción distinta, en la que el Ministerio Público se limita a dirigir la investigación y a preparar el juicio oral, siendo sus premisas de actuación distintas al órgano jurisdiccional, pero en todo caso sujeto a principios de legalidad e imparcialidad que no sólo le impide actuaciones puramente inculpatorias, sino que le obliga a un continuo esfuerzo por averiguar la verdad, sin ejercer acciones contra quienes aparezcan como no responsables de los hechos investigados.

Por tanto, se trasluce una idea clara, la investigación entendida como preparación del juicio oral que, llevada a cabo por el Ministerio Fiscal, queda desvinculada de cualquier intento del juez sentenciador de valorar actos de investigación como actos de prueba, pues otro inevitable problema que conlleva la instrucción llevada a cabo por un juez es que surge la posibilidad de otorgar a meras diligencias de investigación el carácter de prueba<sup>520</sup>. Y esto es verdaderamente importante, porque quienes conocen la

---

<sup>520</sup> En palabras de GIMENO SENDRA, “al no gozar el MF, por el contrario, de la independencia judicial, no puede crear, dentro de la instrucción, actos de prueba, cuya práctica necesariamente ha de trasladarse al juicio oral, potenciándose de esta manera el derecho de las partes a un juicio público con todas las garantías”. GIMENO SENDRA, Vicente: “¿Qué me quede como estoy?”. Artículo publicado en El País el 20 de Junio de 2004.

práctica forense son sabedores de la tan criticada fórmula de “*dar por reproducido*” actos de investigación elevándolos a la categoría de actos de prueba, lo cual sin duda no deja de ser una aberración procesal, que quedaría totalmente desplazada con una investigación en la que la intervención judicial se limite a la salvaguardia de los derechos. Porque, si en las fiscalía no existe un Secretario judicial que dé fe de lo acontecido, ¿cómo vamos a usar como prueba en juicio algo que ni si quiera es portador de la fe pública? Y algunos verán esto como un inconveniente, por cuanto se priva de acceso a ciertas diligencias de investigación al juicio oral<sup>521</sup>. Pero en nuestra opinión, el hecho de utilizar actos de investigación dándole acceso al juicio oral no debemos valorarlo como algo positivo, primero porque así los jueces sentenciadores no tendrán la opción de contaminarse con los autos dictados previamente al juicio, y segundo porque se le da al juicio oral la virtualidad que debe tener como verdadera culminación del proceso penal. Si bien es cierto que “sólo el juez puede garantizar el valor probatorio de estas diligencias”<sup>522</sup>, también es cierto que la investigación realizada por el Fiscal no podrá desvincularse de toda actuación jurisdiccional, debiendo acudir al juez cuando resulte necesario, tanta para la práctica de determinadas diligencias, como para la práctica de pruebas anticipadas o preconstituidas. Pero esto, lo concebimos como una ventaja, por cuanto sólo cuando se acuda al juez para ello, y bajo certeras premisas

---

<sup>521</sup>En este sentido se ha pronunciado MARTÍN PALLÍN al apuntar que “el juez de instrucción obtiene las pruebas ante el secretario judicial que, como garante de la fe pública, acredita que todo lo que se ha consignado como declaración del imputado o manifestaciones de un testigo responden a la realidad. En consecuencia, no existe inconveniente para que, a falta de otras pruebas, se rescaten aquéllas en el momento del juicio oral, con todas las cautelas que sean necesarias y siempre, por supuesto, sobre la base de una efectiva contradicción y de que el imputado pueda oponerse eficazmente a la prueba así obtenida”. MARTÍN PALLIN, José Antonio: “*EL acusador inquisidor*”. Artículo publicado en El País el 20 de Junio de 2004.

<sup>522</sup> *Idem*.

de contradicción, se podrá usar la diligencia o acto de prueba en el juicio oral, y ello, lejos de perjudicar y mermar las garantías, lo que hace es dar virtualidad al momento cumbre del proceso penal, es decir, el juicio oral. Lo contrario, es decir, acentuar la necesidad de que el proceso penal busque la verdad material ante todo, resulta imprudente desde una concepción garantista del proceso penal y no debemos caer en la tentación de crear un proceso penal en el que se valore más el fin que los medios empleados para alcanzarlo.

Se ha apuntado también el inconveniente de la investigación dirigida por el Fiscal en lo que respecta a la vulneración del principio de igualdad de armas de la acusación y la defensa, por cuanto “aquellos que disponen de medios económicos podrán impulsar, al máximo sus posibilidades de defensa. Los desfavorecidos estarán en franca inferioridad al no disponer de dinero para procurarse pruebas de descargo”<sup>523</sup>. Pero tal manifestación, si bien puede ser una realidad en países como Estados Unidos en los que impera una concepción muy mercantilista del proceso penal, no puede esgrimirse con valor suficiente para desvirtuar la investigación dirigida por el Ministerio Fiscal. Deben articularse los medios necesarios para que la defensa pueda, de cara a la negación por parte del Ministerio Público de una determinada diligencia de investigación, reproducir su solicitud ante el juez de garantías, de tal forma que éste, valorando su conveniencia, acuerde su práctica, no como propone el Anteproyecto de LECRIM<sup>524</sup> en el sentido de

---

<sup>523</sup> MARTÍN PALLIN, José Antonio: “*EL acusador inquisidor*”. Artículo publicado en El País el 20 de Junio de 2004.

<sup>524</sup> Art. 494 y ss. Anteproyecto LECRIM. No vemos por qué la defensa debe esperar que el Fiscal investigador termine sus diligencias para poder instar la práctica de otras diligencias que no sólo pueden exculpar al imputado, sino lo que es para importante para el Ministerio Fiscal puede ayudar a esclarecer los hechos. Entendemos que desde el mismo momento en el que imputado

que tales diligencias puedan proponerse una vez concluida la instrucción, sino durante la misma, porque es fundamental al ejercicio del derecho de defensa que no puede quedar recluido a un ejercicio al final de la propia instrucción. Tal mecanismo permitiría a la defensa del imputado instar diligencias ante el Fiscal, que sabe que de no admitir su práctica, y ante la eventual reproducción de la solicitud ante el juez, tan sólo conseguiría retrasar la investigación, cosa por otra parte que nunca puede ser premisa de comportamiento de las instituciones públicas, y menos en materia de Justicia, tan necesitada como está de celeridad.

### 3. El papel de las partes en este modelo

Partiendo de una definición de parte en sentido formal, que es la única que podemos aceptar como tal en el proceso penal, dado que en sentido material no podemos hablar de la existencia de un derecho subjetivo de penar o castigar, podemos conceptuarla, siguiendo a MONTERO AROCA, como “quien actúa en el proceso pidiendo del órgano jurisdiccional una resolución judicial, esto es, quien promueve la actuación del órgano jurisdiccional aportando, por medio de sus alegaciones y pruebas, el material para la resolución de contenido determinado que postula, quien en síntesis participa de la contradicción en que se resuelve todo proceso”<sup>525</sup>.

---

declara ante el Fiscal debiera tener la opción de instar las diligencias que estime convenientes para su defensa.

<sup>525</sup> MONTERO AROCA, Juan y otros: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, 2003, pág. 60.

Vemos una serie de notas características en la definición de parte. Por un lado, la parte pide al órgano jurisdiccional una resolución, por otro aporta el material probatorio, y finalmente se lleva a cabo con contradicción. Si bien tales notas características son evidentes en el juicio oral, lo cierto es que el problema durante la instrucción en nuestro actual sistema estriba en que todas estas características se difuminan. Durante la instrucción el juez puede, y de hecho debe, buscar el material necesario de investigación para ponerlo a disposición de las partes, las resoluciones durante la instrucción no vienen instadas por las partes<sup>526</sup>, y por si fuera poco, la contradicción pierde virtualidad, si como ocurre en la práctica en muchas ocasiones la contradicción se formula entre la defensa y el juez de instrucción. Por tanto, la apuntada definición de parte pierde virtualidad durante la instrucción realizada por el juez de instrucción.

Pero, pese a lo expuesto, el modelo de instrucción de nuestro sistema procesal llevada a cabo por el juez (suprapartes) no por ello deja fuera a las partes. Por un lado la defensa del imputado y por otro el Ministerio Fiscal o acusación particular o popular, tienen una participación activa en la instrucción, si bien, bajo la dirección del juez.

### 3.1. Abogados: defensa y acusación

En el proceso penal no debemos olvidar el importante papel que el abogado está llamado a asumir. Su necesidad viene precisamente del sustancial derecho a defenderse de cualquier acusación, Y así, cuanto más

---

<sup>526</sup> Podría objetarse que no ocurre así a la hora de acordar algunas medidas provisionales que deben ser pedidas por el Ministerio Fiscal o parte acusadora, pero lo cierto es que el juez convocará la audiencia para que *le insten* la prisión preventiva, por ejemplo, cuando la considere necesario, por lo que el Ministerio Fiscal normalmente instará lo que el juez que *le pida* que le inste.



temprano sea llamado el abogado defensor a comenzar su ejercicio, mayores garantías de defensa tendrá el imputado, de forma que el derecho de defensa debe nacer desde la imputación misma, por lo que su labor debe comenzar durante la fase de investigación, constituyendo la labor de la defensa en esta fase inicial del proceso la búsqueda del sobreseimiento libre, evitando al imputado el desagradable lance de acudir a juicio. Si durante el juicio el abogado se afana en conseguir la absolución (o al menos la condena más favorable), igualmente durante la instrucción, el abogado debe buscar el archivo de la causa, el sobreseimiento, o al menos que se deje constancia de lo que, llegado el juicio, pueda favorecer a su representado. Obviamente a ello debemos añadir que, dado que durante la fase de instrucción pueden acordarse medidas restrictivas de derechos fundamentales, tales como la libertad, es también labor de la defensa intentar minimizar su duración y sus efectos<sup>527</sup>.

El papel que realiza la abogacía en defensa de los intereses que en cada caso le son encomendados constituye un pilar básico del sistema de garantías constitucionales en la que debe estar inmerso el proceso penal. Como ha afirmado el TC “el art. 24.2 de la Constitución garantiza así la posibilidad de la asistencia técnica y profesional efectiva del Abogado en el desarrollo del proceso, muy en particular en el caso del proceso penal, asegurando la contradicción y suprimiendo todo obstáculo para la defensa mediante el Letrado de la parte sin que pueda constreñirse u obligarse a la

---

<sup>527</sup> En esta labor debemos encuadrar la posición del abogado, pues como apunta MARTÍNEZ VAL “sería difícil concebir nada más cruel que un proceso acusatorio sin defensa. Un hombre, abandonado y sólo, ante los embates de una respetada y temida autoridad fiscal. La toga del defensor significa tanto como el escudo del culpable y el amparo del inocente, un ministerio de comprensión humana y de consuelo en la desgracia”. MARTÍNEZ VAL, José María: *Abogacía y abogados. Tipología profesional, lógica y oratorio forense, deontología jurídica*. Barcelona, 1990, pág. 105 y 106.

parte a defenderse por sí misma”<sup>528</sup>. Nos encontramos pues con que la intervención del abogado constituye un imperativo constitucional que obliga a que su presencia sea permanente durante el proceso penal, y desde luego durante la instrucción, porque si importante es la asistencia letrada durante el juicio oral, no por ello es menos importante que dicha asistencia letrada sea efectiva y garantizada durante la instrucción<sup>529</sup>.

Así, y aunque la preceptiva intervención del abogado resulta premisa básica durante el juicio oral y es cosa nunca discutida, durante la instrucción, el panorama cambia de forma sustancial. Durante esta fase en atención a diversas circunstancias el ejercicio del derecho de defensa, a veces se ve restringido en aras al buen fin de la investigación. Se trata en suma de intentar otorgar un margen más amplio al Estado al objeto de que se alcance de forma efectiva la verdad material, siempre, claro está, que se respeten las garantías procesales. Tal criterio ciertamente justificado no puede convertirse en la regla general, sino que muy al contrario, entendemos que cualquier restricción al derecho de defensa debe venir motivada y amparada por una resolución judicial que la acuerde, no puede admitirse limitaciones al derecho de defensa, que es un derecho fundamental reconocido en nuestra Carta Magna, si no es bajo la supervisión de la autoridad judicial y bajo resolución motivada.

Pero vayamos al análisis de nuestra Ley Rituaria en lo que se refiere al ejercicio del derecho de defensa durante la instrucción. Reconocía la

---

<sup>528</sup> Sentencia n° 216, de 14 de Noviembre de 1988, del TC. Recurso de amparo n° 956/1987.

<sup>529</sup> Y ello aunque como apunta LOPEZ YAGÜES Durante la instrucción se da la contradicción de que aunque se reconozca la trascendencia del ejercicio del derecho de defensa, es Durante esta fase Durante la cual más restricciones encontramos al mismo. LOPEZ YAGÜES, Verónica: *El derecho a la asistencia letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Salamanca, 2002, pág. 25.

anterior redacción del art. 520.1.c) LECRIM al detenido el “derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervención en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio”. Por tanto nos encontrábamos ante la posibilidad de que la defensa interviniera de forma activa tanto durante la investigación como durante la instrucción judicial propiamente dicha. Tal derecho reconocido al detenido fue ampliado, con acierto, por la Ley 38/2002 de Juicio rápido al imputado no detenido<sup>530</sup>, de forma que éste tendrá derecho a la intervención de su abogado desde el momento de la imputación policial. De esta forma se adelanta el derecho a ser asistido de abogado<sup>531</sup>, permitiendo la efectiva intervención durante las diligencias de investigación<sup>532</sup>.

Dicho artículo 520.1.c) ha sido modificado por la reciente Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de*

---

<sup>530</sup> Art. 771.2ª LECRIM.

<sup>531</sup> En este sentido se pronuncia SOSPEDRA NAVA que apunta como “en la anterior regulación, el art. 791.1 de la LECRIM fijaba el momento último en que era preceptivo proveer de la asistencia letrada al imputado o acusado, debiendo necesariamente designarse Abogado para la defensa inmediatamente después de abrirse el juicio oral. El actual art. 784.1 de la LECRIM ya no se refiere al preceptiva intervención de abogado de oficio una vez abierto el juicio oral, manteniendo la mención de la designación de Procurador de oficio, en concordancia con lo dispuesto en el 768 de la LECRIM”. SOSPEDRA NAVAS, Francisco José: *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión provisional y orden de protección. El juicio de faltas*, Madrid, 2004, pág. 75.

<sup>532</sup> No queda lejos en el tiempo, cuando la designación de abogado de oficio se hacía en el momento en el que el Juzgado requería del Colegio de Abogados la designación para presentar el oportuno escrito de defensa, o sea, inmediatamente después de abrirse el juicio oral. Hoy la defensa del abogado de oficio es asumida por el mismo abogado que asiste en la primera declaración al imputado o detenido, de tal forma que desde el comienzo de las diligencias en ningún momento el imputado se ve desprotegido y sin abogado, como sí ocurría antes.

*Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica* que los regula en los siguientes términos “Derecho a designar abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 527 y a ser asistido por él sin demora injustificada. En caso de que, debido a la lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con aquél, salvo que dicha comunicación sea imposible”. La clave quizá de la reforma esté en el que derecho a la asistencia letrada sea sin demora, lo que pone el énfasis en que no hay otra actuación previa que justifique el retraso en acceder al abogado. Sólo la prisión incomunicada justifica la privación de este derecho.

No obstante, el primer obstáculo que encontraba la defensa durante la instrucción, y decimos obstáculo por entender que en modo alguno quedaba justificado por motivos de investigación, era la imposibilidad de entrevistarse con el detenido antes de prestar declaración ante la autoridad judicial. El art. 520.6.c) LECRIM manifestaba que el abogado podía “entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido”. Obviamente lo que se pretendía era obtener, en aras a la averiguación de la verdad y en detrimento del derecho de defensa, una declaración lo menos *contaminada* posible por los consejos del abogado. Certeramente apunta LOPEZ YAGÜES que tal planteamiento del legislador se fundamenta en una premisa errónea que no es otra que la de considerar al detenido “como mero acto de investigador orientado a la obtención de datos útiles al conocimiento de lo acaecido, incompatible con los postulados de un proceso que se precia de haber superado los rígidos

esquemas del inquisitivo”<sup>533</sup>. Es tanto como considerar al detenido como objeto del proceso y no como sujeto de derechos, entre los que se encuentra el derecho a la libertad cuyo ejercicio no puede quedar condicionado por los propios conocimientos jurídicos del detenido (obviamente se defenderá mejor quien conozca el funcionamiento del proceso penal, que aquel que sea profano en la materia).

De ahí precisamente el derecho a una defensa técnica, que se justifica según OÑA NAVARRO, por un lado en el principio de igualdad de armas, desde el momento en el que el Ministerio Fiscal es un experto en derecho, y por otro, desde la propia perspectiva del proceso penal, en el que entran en juego derechos fundamentales y bienes jurídicos de especial trascendencia para el individuo<sup>534</sup>. A estos dos aspectos deberíamos añadir, otra justificación de la defensa técnica, pues en la instrucción suprapartes del Juez instructor, éste se posiciona frente al imputado como lo que es, un juez, lo que hace caer al imputado en una *confianza* que en aras del ejercicio del derecho de defensa no debe caerse y que sólo el defensor profesional sabe distinguir, posicionando a su defendido frente a quienes investigan el hecho delictivo, tanto el juez de instrucción, como el fiscal.

Posteriormente la acertada reforma del art. 775 LECRIM operada por la Ley 38/2001, de 24 de Octubre, de juicios rápidos introdujo que “tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo

---

<sup>533</sup> *Ibidem*

<sup>534</sup> OÑA NAVARRO, Juan Manuel de: *El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, “Constitución y garantías penales”. Cuaderno de derecho Judicial, XV, 2003, pág. 210.

establecido en el apartado c) del art. 527”. Parece clara que la intencionalidad de la reforma era ampliar el ejercicio del derecho de defensa y entendemos que se refería tanto al imputado no detenido como al detenido, y ello porque reconocer expresamente tal derecho al imputado no detenido no dejaba de ser absurdo, pues obviamente el imputado no privado de libertad siempre tenía la opción de entrevistarse con su abogado antes de declarar, teniendo siempre la opción de preparar su defensa con todo el detenimiento que necesite. Por ello, entendemos que tal reforma estaba dirigida principalmente a ampliar el citado derecho a entrevistarse con su abogado al imputado detenido, dado que entenderla de otra forma sería tanto como vaciarla de contenido<sup>535</sup>. No obstante, la aplicación práctica del citado precepto era muy discutida sobre todo en sede policial, por lo que se hacía conveniente una urgente reforma de la LECRIM que dejara clara esta cuestión, como de hecho ha llevado a cabo la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica* que ha modificado el art. 520.6.d) en el siguiente sentido de reconocer el derecho a “Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527”<sup>536</sup>. Afortunadamente la cordura se ha impuesto en este punto y el legislador ha optado por una reforma precisa y necesaria en este sentido.

---

<sup>535</sup> En este mismo sentido se pronuncia SOSPEDRA NAVAS, Francisco José: Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión provisional y orden de protección. El juicio de faltas, Madrid, 2004, pág. 74.

<sup>536</sup> Obviamente quienes ejercemos la noble profesión de abogado, sabíamos que cuando se acudía a la policía para asistir a un detenido, llegado el momento se preguntaba al mismo sobre su intención de declarar, y ante tal pregunta podíamos *aconsejar con vehemencia* que no se declarase en sede policial, de esa forma evitábamos una inoportuna declaración inculpatória, se nos permitía tener acceso y lectura de las diligencias de investigación antes de la declaración judicial, y por

De hecho en el Anteproyecto de LECRIM también se había previsto acabar con ese sinsentido y vino a proponer que la asistencia del abonado consistirá en “entrevistarse reservadamente con el detenido antes y al término de la diligencia en que hubiere intervenido, para prestarle el asesoramiento que proceda” (art. 173.4 a).

Pues bien, durante la instrucción, como a lo largo de todo el proceso penal, es obvio que el papel del abogado debe ir encaminado a exigir el respeto de todos y cada unos de los derechos del imputado, pero dentro de esto, dos aspectos del ejercicio del derecho de defensa son especialmente significativos, por un lado, el derecho a instar diligencias de investigación ya sean tendentes a demostrar la inconsistencia de la imputación, o bien tendentes a dejar constancia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; y por otro, el derecho a formular alegaciones y recursos a las distintas resoluciones judiciales que vayan recayendo durante la instrucción.

La posibilidad de dirigirse al juez de instrucción para instar diligencias de investigación es sin duda algo de vital importancia para ejercer la defensa, siendo incluso obligación del propio juez (de oficio) el acordar aquellas diligencias de investigación que puedan exculpar al imputado, pues su labor imparcial debe ir encaminada a la búsqueda del sobreseimiento respecto al inocente. No obstante, desgraciadamente, y quizá por ese difícil posicionamiento que ocupa el juez de instrucción, esa

---

supuesto, permitía que el abogado se entrevistara con el detenido antes de prestar declaración en sede judicial, pues esa negativa a declarar ante la policía ya era considerada como primera declaración. Precisamente por estos motivos era injustificada mantener esa absurda negación a entrevistarse el abogado con el detenido antes de la primera declaración policial.

labor debe ser garantizada por el abogado, que atento a las diligencias que se practiquen, debe velar para que se lleven a cabo aquellas de las que se pueda derivar una inconsistencia de la acusación.

Quizá uno de los problemas que dificultan el ejercicio del derecho de defensa durante la instrucción es sin duda la falta de notificación de las diligencias, providencias y restantes resoluciones. Muchas veces son resoluciones que acuerdan practicar determinados actos de investigación o se citan testigos que declaran en sede judicial sin presencia de la defensa. Esta práctica, desde luego habitual, conlleva una inaceptable merma del derecho de defensa, y quizá venga motivada por la propia desidia y sobrecarga de trabajo de los juzgados, pues dado que durante esta fase del proceso no es preceptiva la intervención de procurador, las notificaciones han de hacerse personalmente a los abogados, lo que implica la notificación vía correo, que naturalmente retrasa la instrucción, aunque ciertamente perjudica el correcto ejercicio del derecho de defensa. Este tipo de problemas sin duda sería fácilmente solucionables cuando finalmente se opte por notificara los abogados vía telemática todas las resoluciones que se dicten durante la instrucción.

De otro lado, la posibilidad de formular alegaciones, instar el sobreseimiento y presentar los oportunos recursos constituye otra de las funciones que el abogado debe ejercer durante la instrucción, y que tienen su fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva. Durante la instrucción se presenta para el imputado la oportunidad de *convencer* al juez instructor sobre lo acertado del sobreseimiento, y ello sin duda, debe ser aprovechado por la defensa.



Además del papel defensor que desempeña el abogado, igualmente durante la instrucción, el abogado puede asumir una posición de parte acusadora (acusación particular o popular)<sup>537</sup>, que le hace adquirir una posición más cercana al Ministerio Fiscal, pero que desde luego nunca podemos homologarla o identificarla a la de éste, sencillamente por la imparcialidad que atañe al Fiscal y la clara posición de parte de la acusación particular o popular.

Nos encontramos pues ante un derecho reconocido a la víctima del delito, pero también a quien en representación de un interés social decida formular acusación contra el presunto culpable de unos hechos delictivos. Así, ese ejercicio de la acción penal requiere la personación en la instrucción del abogado, que será quien, asumiendo la posición de parte acusadora, inste y promueva aquellas diligencias de investigación que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Finalmente, y en relación a la posición del abogado en la instrucción, debemos preguntarnos sobre su relación con el Juez instructor y con el Ministerio Fiscal. El abogado en su clara y nítida posición de parte no tiene necesidad de averiguar la verdad material, es más la verdad no *interesa* al abogado, no es su cometido dedicarse a averiguarla, no existe en él una obligación de imparcialidad, lo que sí tiene es una obligación de ejercer la defensa con sometimiento a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. De ahí precisamente que se produzca un distanciamiento de posiciones tanto respecto al Juez de instrucción como del Ministerio Fiscal, de tal forma que éstos últimos, cada uno en su papel, y quizá por identidad de objetivos, se posicionan a veces juntos frente a la defensa, lo que ni es

---

<sup>537</sup> Art. 101 LECRIM: “La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley”.

aceptable, ni lógico en un planteamiento de aceptación del sistema acusatorio, pero que en suma resulta inevitable mientras sea el juez el director de la instrucción.

### 3.2. Fiscales

No cabe duda de que el papel del Ministerio Fiscal durante la instrucción que dirige el juez de instrucción es algo confuso, y ello precisamente por la propia configuración histórica inicial de nuestro sistema procesal, en el que el Fiscal asumía un papel de defensa del Fisco (“procurador fiscal”) y de asistencia a los pleitos en los que pudiera verse afectado el patrimonio real, para luego ir adquiriendo el carácter que actualmente tiene como sustentador de la acusación. Así, el papel de acusar una vez llegado el juicio oral es el que inicialmente tiene en nuestro sistema, estando prácticamente vacío de contenido su papel durante la instrucción. Lógicamente tal planteamiento, afortunadamente superado por el sistema acusatorio formal, ha cambiado, aunque permanece cierta indeterminación en el posicionamiento del Ministerio Fiscal, que aunque asume la acusación en juicio, no dirige y sólo participa en la investigación. Como afirma PÉREZ-CRUZ MARTÍN “la misión principal del Ministerio Fiscal en la instrucción, por lo tanto, será la de colaboración en las tareas de investigación que realice el Juez de instrucción”<sup>538</sup>.

Ciertamente en el procedimiento ordinario, durante el sumario, la intervención del Ministerio Fiscal está claramente limitada, el Juez de instrucción es quien dirige la investigación, y quien tiene competencia exclusiva en tal materia. No obstante, el art. 773 de la LECRIM encuadra la actividad del Ministerio Fiscal durante la instrucción en el procedimiento

---

<sup>538</sup> PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús y otros: *Derecho procesal penal*. Pamplona, 2.010, pág. 123.

abreviado de forma muy distinta. Analicemos tal precepto, que comienza con una casi *declaración de intenciones* derivada del sometimiento del Ministerio Fiscal a los principios de imparcialidad y legalidad: “El Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito”<sup>539</sup>. Nada más y nada menos. Vemos cómo ha de ser garante para el imputado y protector de la víctima, esto es, debe ser imparcial, pero imparcial ejerciendo la acusación. Cuando menos resulta complejo, y por qué no, algo estridente, pero lo cierto es que no cabe otra interpretación de la institución Fiscal, sino es aquella que la sitúa en ese ámbito medio de instar la condena del culpable y la absolución del inocente. No es que ejerza un supuesto derecho de defensa, que siempre debe ser asumido por el abogado defensor, como ya hemos visto, sino que debe actuar sin interés, ni particular, ni profesional, ni de ningún otro tipo en su actuación de investigación y acusación.

Pero es que además entre las funciones que el Ministerio Fiscal debe ejercer durante la instrucción del procedimiento abreviado encontramos dos bastante significativas, que nos ponen precisamente sobre aviso de la necesidad de acelerar los trámites de investigación en aras al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se nos apunta en el art. 773.1 LECRIM que el Fiscal debe *impulsar* y *simplificar* la tramitación, y además instar la conclusión si estima que se han practicado las actuaciones necesarias. Con toda lógica debe ser el Fiscal el que debe decidir si para formular la acusación resulta o no necesaria practicar más diligencias, y ello sin olvidar que la defensa también debe tener esa opción de instar cuantas diligencias

---

<sup>539</sup> Dicho artículo introducido por la Ley 38/2002 refunde los arts. 781 y 785 bis anteriores.

estime necesarias para ejercer el derecho de defensa con garantías suficientes.

A ello debemos añadir esa facultad que el art. 773.2 LECRIM otorga al Fiscal en materia de investigación en el procedimiento abreviado, posibilitando una investigación por el Ministerio Público anterior a la instrucción propiamente dicha, de tal forma que el Fiscal puede abrir la instrucción con la totalidad de las diligencias ya practicadas, lo que sin duda agilizaría la anquilosada maquinaria judicial durante la instrucción. No obstante, tal previsión legislativa, usada bien poco por el Ministerio Fiscal, parte de postulados difíciles por cuanto la escasez de medios del Ministerio Público casi no les permite cumplir con sus atribuciones normales en aplicación de los postulados acusatorios. Así pues, esta investigación por el Ministerio Fiscal, que fue concebida tanto como ayuda al Juez de instrucción en su labor de investigación, como experimento de una instrucción por el Fiscal, ha terminado por convertirse en algo puramente anecdótico en la práctica procesal, en la que en contadísimas ocasiones encontramos en el proceso estas investigaciones previas del Ministerio Fiscal.

Por tanto, ¿qué modelos de instrucción ha previsto nuestro legislador en lo que se refiere a la figura del Ministerio Fiscal? ¿Qué papel asume este en cada tipo de proceso? Por un lado en el procedimiento ordinario (sumario) su papel es prácticamente testimonial, su participación en la investigación es mínima y su función parece pensada sólo para evitar críticas en torno a un proceso más inquisitivo que acusatorio. Y es cierto que cada vez la posición del Fiscal en las investigaciones va siendo más activa pero lejos aún de la que sería deseable.

En el procedimiento abreviado, el Ministerio Fiscal viene a asumir un papel distinto, algo más definido, y con una activa participación en la investigación, aunque no por ello exento de críticas, parece un papel pensado como algo casi experimental, pero que poco o nada aporta a un sistema eficaz de investigación criminal.

En el procedimiento de juicio con Tribunal del Jurado, el papel del Ministerio Público está reforzado en orden a favorecer postulados acusatorios, pero que en suma vienen a reforzar la idea contradictoria de que según el tipo de delito cometido, el acusado se verá o no favorecido por un proceso con una mayor salvaguardia de los valores acusatorios, y ello, claro, está no puede justificarse simplemente por el tipo de delito.

En última instancia el papel del Ministerio Fiscal en la instrucción del proceso de responsabilidad penal de los menores, es radicalmente distinto a todo lo que hemos visto. En este proceso, la asunción de la instrucción por el Fiscal ha supuesto una clara apuesta del legislador por un cambio de concepción en nuestro sistema procesal, pero parece más bien un experimento que otra cosa, dada la escasa envergadura que en comparación con la justicia de adultos tiene en nuestro sistema la justicia de menores.

Lo que no cabe duda es que el papel del Fiscal, vistos los distintos modelos todos ellos coexistentes, es cuando menos, confuso, a veces ilógico, y sobre todo desafortunado en su concepción general, lo que evidencia la necesidad de un profundo cambio en esta materia que permita de una vez por todas dilucidar la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal, sin que sea necesario distinguir el tipo delictivo (para determinar así el procedimiento a seguir) para determinar qué actuación tendrá en cada caso el Ministerio Público. Hasta ahora, es cierto que la

ampliación y presencia del Fiscal en la instrucción ha ido considerablemente en aumento, y es que a medida que se amplían medios humanos la mera presencia física en los juzgados del Fiscal facilita mucho su actividad en la investigación de los delitos. No obstante, es necesario ya un paso cualitativo en la determinación de su papel institucional. El Ministerio Fiscal no puede continuar en la indeterminación actual y con un papel secundario en la investigación.

#### 4. El papel de la policía judicial en este modelo

No cabe duda que el papel de la policía judicial es algo más claro por cuanto no es discutido su rol en torno a la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento de delincuente. El problema surge en cuanto a la dirección de la investigación que, aunque nuestra LECRIM la hace recaer sobre el Juez de instrucción, nuestra Constitución hace entrar en el juego al Ministerio Fiscal<sup>540</sup>, pues se establece la dependencia de la policía judicial no sólo respecto a los Jueces y Tribunales, sino también al Ministerio Público.

Ello es así porque nuestra Constitución ha dejado abierta la posibilidad al legislador de introducir la figura del Ministerio Fiscal en la investigación, hasta el punto de permitir que la dirección de la investigación recaiga sobre él<sup>541</sup>. Pero en lo que respecta a la policía judicial, el asunto queda zanjado en cuanto a que es triple su papel constitucional:

---

<sup>540</sup> Art. 126.1 CE.

<sup>541</sup> En este sentido, MORA CAPITÁN, Belén: *El modelo de instrucción penal en el sistema español*, Justicia 2003, Revista de Derecho Procesal, pág. 25.

averiguación del delito, descubrimiento y aseguramiento del delincuente, y ello sin entrar en quién sea la autoridad que emita las órdenes a seguir por la propia policía.

Pero, ¿queremos decir con ello que la policía sólo investiga siguiendo órdenes de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal? Afortunadamente no, pues la policía tiene encomendada legalmente la función de “investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes”<sup>542</sup>. No obstante, si nos referimos específicamente la policía judicial, sí que observamos cómo la Ley apunta que “en el cumplimiento de sus funciones, los funcionarios adscritos a Unidades de Policía Judicial dependen orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de los Jueces, Tribunales o Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de investigación”<sup>543</sup>. Por tanto, la Policía Judicial sí que investigará siempre siguiendo órdenes de jueces o fiscales.

En este punto debemos señalar que la coletilla final “*que estén conociendo del asunto objeto de investigación*” es bastante significativa pues parece dejar claro que la dependencia funcional de la Policía Judicial a Jueces y al Ministerio Fiscal, dependerá en cada caso de quien esté conociendo el asunto, y por tanto, no cabrían órdenes impartidas al mismo tiempo por el Ministerio Fiscal y por la autoridad judicial, pues si el juez ha asumido la investigación, el Fiscal asume un papel distinto, deja paso a la

---

<sup>542</sup> Art. 11.1.g) Ley Orgánica 2/1986, de 13 de Marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

<sup>543</sup> Art. 31.1 Ley Orgánica 2/1986, de 13 de Marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

investigación judicial, y en tal caso las diligencias de investigación que interese el Ministerio fiscal deberían ser instadas a la autoridad judicial, que será la que valorará su pertinencia y las ordenará a la Policía Judicial. Tal afirmación podemos deducirla del art. 773.1 LECRIM que nos habla de esa posibilidad del Ministerio Público, “solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos” (refiriéndose a medios de prueba).

Pero tal interpretación choca con el propio tenor del art. 773.1 párrafo segundo LECRIM que nos dice que el Ministerio Fiscal podrá dar instrucciones (generales o particulares) a la Policía Judicial para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, por ello debemos entender que en realidad se pretende otorgar un papel mucho más activo al Ministerio Fiscal en su relación con la Policía Judicial, pues el Ministerio Público podrá dar órdenes directamente a la Policía Judicial, incluso después de iniciada la investigación judicial. Lo que no cabe duda es que esto produce cierta indefinición de funciones, pues si bien, acerca el sistema procesal a los postulados acusatorios, también puede producir duplicación de diligencias, y disparidad de instrucciones entre la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal, cosa que poco beneficia a la propia investigación criminal.

Por otro lado entendemos que la policía judicial como investigadora exclusiva de los delitos<sup>544</sup>, cuenta con evidentes ventajas que la habilitan para tal fin, pues cuentan con medios y con formación específica, pero el problema es que es importante que el control lo ejerza quien conoce el procedimiento penal ya que sólo desde el conocimiento del mismo se puede dirigir una investigación de forma que sirva al fin último del proceso, es decir, a condenar al culpable y absolver al inocente.

---

<sup>544</sup> En este sentido LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de: *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001.



## 5. Los colaboradores de la Justicia: Secretarios, forenses, peritos...

Como es bien sabido el secretario judicial es el depositario de la fe pública judicial (art. 281 LOPJ), y por tanto su labor pasa por dotar de autenticidad a los actos procesales, entre los que se encuentran las diligencias de instrucción.

La intervención del secretario se hace absolutamente necesaria a la hora de dotar a las diligencias de investigación de fuerza probatoria mediante la prueba anticipada y preconstituida. Pero quizá, durante la instrucción su papel se justifica sobre todo en atención a la posición del juez de instrucción, que al realizar una labor de investigación pierde o puede perder su imparcialidad. De esta forma el secretario garantiza, con su posición neutral en la investigación, la imparcialidad de todo lo actuado frente a él durante la instrucción<sup>545</sup>.

Ciertamente ello es así, pero no deja de ser algo ciertamente significativo. Arbitrar la figura del secretario como garante de la imparcialidad de la actuación judicial durante la instrucción, es algo contradictorio con la propia institución jurisdiccional, cuya actuación está o debe estar presidida precisamente por la imparcialidad. Es en suma un reconocimiento implícito del propio legislador de la posibilidad de parcialidad en la labor de investigación.

---

<sup>545</sup> Como GIMENO SENDRA apunta, es exigencia del art. 24 CE que “la prueba sea intervenida por un órgano imparcial, exigencia que el Juez de instrucción no puede cumplir plenamente por cuanto la actividad inquisitiva, que toda instrucción comporta, hace peligrar, en ocasiones por exceso de celo, si imparcialidad en beneficio de la acusación y en detrimento de la defensa”. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 354.

No obstante, la labor del secretario judicial va más allá del de mero observador por cuanto su papel será el de redactar actas, diligencias y notas, expedir copias testimoniadas, practicar notificaciones y actos de comunicación y de cooperación (art. 279 LOPJ). Todo ello en aras de la agilización y buen funcionamiento de la oficina judicial.

Con la reforma operada por la Ley 13/2009<sup>546</sup> ha cambiado significativamente el papel del Secretario judicial, pues como afirma en su

---

<sup>546</sup> Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. “También en el orden jurisdiccional penal, y en concreto en el sumario ordinario, se ha recogido la doctrina del Tribunal Constitucional consolidada a partir de la sentencia 66/89, de 17 de abril, que exige restablecer en la llamada fase intermedia el equilibrio de las partes en el proceso penal. Para ello, se ha introducido en el artículo 627 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal una modificación que hace preceptivo el traslado de la causa a la defensa del procesado, a fin de que se pronuncie acerca del auto de conclusión del sumario, solicitando la práctica de nuevas diligencias de prueba, la apertura del juicio oral o, en su caso, el sobreseimiento de la causa. También se ha modificado el artículo 761 en el sentido de atribuir al Secretario judicial la función de informar al ofendido o perjudicado de sus derechos, siguiendo la línea establecida por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, que establecía en el artículo 776 el deber del Secretario judicial de informar en la primera comparecencia al perjudicado y ofendido de sus derechos, en los términos previstos en los artículos 109 y 110. Posteriormente, el mismo precepto ha sido modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, manteniéndose la competencia del Secretario judicial en orden a efectuar la instrucción de derechos al ofendido o perjudicado, por lo que se ha estimado pertinente modificar ahora los preceptos anteriormente citados al objeto de concordar su redacción, considerándose adecuado que, una vez incoado el procedimiento penal, sea el Secretario judicial quien informe de sus derechos a la víctima o al perjudicado. También se atribuye al Secretario judicial la obligación de informar, a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, de los derechos que les asisten según la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, así como a las víctimas de delitos de terrorismo”.

Preámbulo (IV) el papel del Secretario se impone como garante de los derechos de la víctima y del perjudicado, por cuanto se le exige un papel determinante en la información a éstos, y este papel obviamente redundará en una mejor tutela judicial a quienes ahora sí están informados de sus derechos.

Todas estas nuevas atribuciones del Secretario judicial, chocan muchas veces con la viciada práctica forense, pues lo habitual sigue siendo que pese a que en determinadas diligencias (sobre todo en declaraciones) se consigne, casi de forma automática y a pie de página la intervención del secretario con la expresión “doy fe”, lo cierto es que dicha intervención es casi siempre inexistente, limitándose el Secretario a firmar con posterioridad. Vicios estos que deben ir siendo superados en aras de una correcta autenticación de las diligencias practicadas durante la instrucción.

Por otro lado, durante la instrucción otra figura colaboradora con el órgano instructor es sin duda el médico forense, cuyo papel es en ciertas diligencias de investigación ciertamente trascendente, dado que “constituyen un cuerpo titulado superior al servicio de la Administración de Justicia”<sup>547</sup>. Se trata de introducir los conocimientos médicos necesarios en la instrucción y ello bajo premisas de imparcialidad.

Las funciones del médico forense se concretan en la “asistencia técnica a los Juzgados, Tribunales y Fiscalías en las materias de su disciplina profesional, con sujeción, en su caso, a lo establecido en las leyes procesales”, además asistirán a “detenidos, lesionados o enfermos que se hallaren bajo la jurisdicción de aquellos”<sup>548</sup>. Por tanto, su papel es

---

<sup>547</sup> Art. 497.1 LOPJ.

<sup>548</sup> Art. 498 LOPJ.

ciertamente importante tanto en delitos cuyo bien jurídico protegido sea la vida, integridad física o libertad sexual, así como en todos aquellos casos en que sea necesario realizar un examen médico de los imputados o detenidos en aras a determinar su imputabilidad.

A ello debemos añadir una función que la LECRIM encomienda especialmente a los médicos forenses cual es la realización de autopsia. Así el art. 343 LECRIM ordena la realización de autopsias incluso cuando se suponga la causa de la muerte, con la obligación por parte del médico forense de describir exactamente la operación, informando sobre el origen del fallecimiento y sus circunstancias.

Finalmente, y como colaborador necesario en toda investigación no puede dejarse de lado la actuación del perito, que igualmente viene a aportar los conocimientos técnicos de su especialidad a la investigación que realiza el juez de instrucción<sup>549</sup>.

Los arts. 456 y ss. de la LECRIM enmarcan la actuación de los peritos, afirmando el art. 456 que “el juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos”. Obviamente se configura como un medio de investigación, aunque también puede la defensa, Ministerio Fiscal o restantes partes instar

---

<sup>549</sup> Como afirma GIMENO SENDRA “se denomina pericia al medio de investigación que se practica en el proceso penal y que consiste en la rendición de un informe sobre hechos relevantes para la causa por personas con especiales conocimientos científicos, artísticos o prácticos”. GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 411.

su práctica cuando entiendan que del resultado de la pericia se podrán extraer conclusiones importantes.

Llamemos la atención que incluso la defensa podrá designar otro perito a su costa cuando el informe no pueda ser reproducido en el juicio oral, y ello en atención al principio contradictorio, pues el informe emitido podría constituir prueba y en tal caso deben respetarse todas las garantías necesarias para que su valor probatorio sea relevante.

Vemos pues, que básicamente la pericia durante la instrucción está en manos del juez, sobre todo en informes no reproducibles en el acto del juicio, y ello puede objetivarse como una garantía, pues lo cierto es que el coste de las pruebas periciales suele ser elevado y ciertamente que la Administración de Justicia asuma el coste de tales diligencias es una garantía para el imputado que carece de medios económicos.

## 6. Las especialidades de la instrucción el procedimiento de la LOTJ

Ley Orgánica del Tribunal del Jurado<sup>550</sup> vino a dar respuesta a un imperativo constitucional que fue aplazándose desde 1978. El art. 125 CE dentro del Título VI (“Del Poder Judicial”) pretendió, sin duda, que los ciudadanos se acercaran a la difícil responsabilidad que supone realizar la Justicia, previendo para ello la posibilidad de “participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”. Ciertamente se hacía un planteamiento vago, abierto a diferentes modelos y sin pronunciarse en cuanto a su alcance, configuración, procesos aplicables

---

<sup>550</sup> L.O. 5/1995, de 22 de Mayo, del Tribunal del Jurado.

etc., siendo quizá esa vaguedad lo que motivara el gran debate doctrinal que se abrió sobre cómo debía configurarse el Tribunal del Jurado en nuestro país.

Dentro de las posibilidades que ofrecía este nuevo proceso se planteó la posibilidad de configurar un modelo de instrucción que superase los inconvenientes que se venían atribuyendo a la instrucción del procedimiento ordinario y abreviado, pretendiendo con ello crear un modelo más actual y coherente con los postulados constitucionales. No obstante, no podemos hablar propiamente de un cambio de atribución de la instrucción, pues la LOTJ mantiene al Juez como encargado de la misma, pero lo que si se aprecia con claridad es un cambio importante en el modo de llevarse a cabo: “por la garantía de imparcialidad del órgano jurisdiccional que se refuerza especialmente” y “por la exigencia de imputación judicial previa a toda acusación, ya que la decisión sobre la apertura de juicio oral exige como presupuesto que se haya formalizado tal exigencia”<sup>551</sup>.

Por tanto apreciamos un deseo de configurar una instrucción distinta, pero sin atreverse a formular un cambio en su atribución otorgándola directamente al Ministerio Fiscal, aunque lo cierto es que se potencia bastante su actuación, hasta el punto de que podamos hablar de un posicionamiento del Ministerio Público bien distinto que en el resto de procesos.

Es curioso y llama especialmente la atención el hecho de que la propia Exposición de Motivos hable de potenciar la imparcialidad del

---

<sup>551</sup> Exposición de Motivos de la LOTJ, Punto 2.

órgano jurisdiccional, porque ¿acaso con ello evidenciamos un reconocimiento implícito del propio legislador de que los demás procesos penales adolecen de falta de imparcialidad del órgano jurisdiccional que instruye, pretendiéndose configurar en la instrucción de asuntos enjuiciados por Tribunal del Jurado un sistema más acorde con postulados constitucionales? No cabe duda de lo complejo de tal cuestión, porque a nuestro modo de ver no cabe medias tintas en una cuestión como la que exponemos, pues no cabe *ser más imparcial*, o se es imparcial, o no se es imparcial, y al parecer, el Legislador de 1995 entendía que el Juez de instrucción no era imparcial, o al menos no todo lo que debía. Ese reconocimiento debe hacernos pensar no ya en la atribución de la instrucción a otro órgano (léase Ministerio Fiscal) sino a configurar la instrucción de otra forma más coherente con el principio de imparcialidad, que debe presidir toda labor jurisdiccional.

Pero es que además debemos tener en cuenta el curioso contenido de la Disposición final cuarta de la LOTJ<sup>552</sup> que viene a establecer un plazo de un año para que los principios que rigen la Ley del Jurado sean trasladados a la propia LECRIM, cosa absolutamente coherente, pero desgraciadamente

---

<sup>552</sup> “En el plazo de un año, desde la aprobación de la presente Ley, el Gobierno enviará a las Cortes Generales, un proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, generalizando los criterios procesales instaurados en esta Ley y en el que se establezca un procedimiento fundado en los principios acusatorio y de contradicción entre las partes, previstos en la Constitución, simplificando asimismo el proceso de investigación para evitar su prolongación excesiva.

Asimismo, en dicho plazo, se adoptarán las reformas legales necesarias que adapten a tal procedimiento el Estatuto y funciones del Ministerio Fiscal, y se habilitarán por las Cortes Generales y el Gobierno los medios materiales, técnicos y humanos necesarios”. Disposición Final cuarta LOTJ.

incumplido, como tuvo ocasión de poner de manifiesto el Informe de la Asociación Jueces para la democracia a la propuesta de reforma de la Justicia elaborado por el CGPJ el 25 de Julio de 2000, según el cual “se ha incumplido el mandato de la Ley del Jurado que establecía que en plazo de un año se modificaría la Ley de Enjuiciamiento Criminal recogiendo los principios estructuradores del procedimiento de Jurado”. Y ¿cuál es la consecuencia de tal incumplimiento? A nuestro modo de ver no cabe extraer otra conclusión que la de aceptar que los postulados acusatorios y de contradicción que deben regir el proceso no están bien salvaguardados por nuestra Ley Rituaria, sino que muy al contrario se hace preciso una reforma en profundidad de la misma que introduzca esas mismas garantías que rigen el proceso con Jurado, pues mientras ello se cumpla en el enjuiciamiento de aquellos delitos que caen en el ámbito del Jurado y no se cumpla en los demás, nos encontraremos con un sistema desigual absolutamente injustificado.

La LOTJ ofrece en su Exposición de Motivos unas premisas coherentes en aras a una correcta instrucción:

- “a) que alguien ajeno al Juez formule una imputación, precisamente antes de iniciar la investigación,
- b) que la prosecución de ésta exija una valoración por un órgano jurisdiccional precedida de la oportunidad de debate entre las partes,
- c) que durante la investigación que el Juez estime razonable seguir, éste mantenga una posición diferenciada de la de las partes, y
- d) que sea este Juez, así preservado en una cierta imparcialidad, el que controle la procedencia de la apertura o no del juicio oral, de manera positiva y no sólo negativa, con precisión del objeto del juicio y decisión de la información necesaria a remitir al Tribunal del Jurado que, sin embargo, impida la disposición del material sumarial que podría limitar la efectiva incidencia de los principios de oralidad, inmediación y celeridad necesarios en dicho enjuiciamiento”.



Del citado texto extraemos que dicha instrucción deberá estar precedida por una imputación no judicial, que ante cualquier decisión judicial entre en juego el principio de contradicción<sup>553</sup>, que el juez no se mezcle ni se convierta en parte, para así desde su posición imparcial sea quien decida sobre la apertura o no de juicio oral, y sea finalmente quien custodie el material instructorio, alejándolo del Tribunal sentenciador para evitar así su contaminación.

Todas estas medidas resultan acertadas en nuestro contexto constitucional, pero nos asalta la duda de por qué vamos a aplicar o por qué no a privilegiar a quienes se ven inmersos en una instrucción sobre un delito que conozca el Tribunal del Jurado, sobre aquellos otros que sean de conocimiento de los Juzgados o Tribunales correspondientes. Tal distinción que en suma redundaría en mayores garantías procesales para los delitos enjuiciados por Jurado en modo alguno puede justificarse, y por tanto debería aplicarse a todos los procesos penales sin distinción alguna.

Por tanto en la LOTJ no podemos hablar de instrucción de parte, sino todo lo contrario, pues la instrucción está en manos del Juez pero con una serie de particularidades que hacen que éste se sitúe en una posición suprapartes, de forma más nítida, más coherente con los postulados garantistas que deben prevalecer en la instrucción.

---

<sup>553</sup> Apunta ORTELLS RAMOS que “El principio de contradicción como posibilidad de participación de las partes en la formación del material de convicción en el que habrán de fundamentarse las resoluciones de apertura de juicio oral o sobreseimiento, así como las resoluciones sobre medidas cautelares y preventivas, parece adecuadamente realizado en las normas de la instrucción ante el jurado”. ORTELLS RAMOS, Manuel: *Sobre la instrucción previa en el procedimiento ante el Jurado*, Tribunales de Justicia, nº 2, Febrero 1998, pág. 170.

Del análisis pormenorizado de la instrucción en las causas ante el Tribunal del Jurado observamos, pues, una serie de peculiaridades dignas de ser estudiadas. En primer lugar, el art. 24 LOTJ pone de manifiesto que la facultad de incoar el procedimiento es facultad del Juez de Instrucción “previa valoración de su verosimilitud” y “practicando, en todo caso, aquellas actuaciones inaplazables a que hubiera lugar”. En segundo lugar, el art. 25 LOTJ impone al Juez la celebración de una audiencia a las partes para que por un lado se informe de la imputación y por otro para que sean las partes acusadoras quienes asuman la concreción de la imputación. Para finalmente que sea el Juez, que previamente ha incoado el procedimiento, quien decida sobre la continuación del mismo y sobre la procedencia o no de las diligencias de investigación que deben instar las partes (art. 27 LOTJ). Pero es que, a mayor abundamiento, es el Juez quien en la audiencia preliminar deberá practicar las diligencias propuestas por las partes (art. 31 LOTJ) y decidir sobre si procede dictar el sobreseimiento o la apertura de juicio oral (art. 32 LOTJ), y en este caso es además el Juez quien determinará “el hecho o hechos justiciables de entre los que han sido objeto de acusación y respecto de los cuales estime procedente el enjuiciamiento” (art. 33.a) LOTJ)<sup>554</sup>.

Pues bien, de lo expuesto se desprende una cierta confusión del papel asignado por el Legislador al Juez de instrucción en el procedimiento de

---

<sup>554</sup> Afirma BERMÚDEZ REQUENA que “Con estas medidas y previsiones legales se intenta dejar al Juez de instrucción en una posición secundaria en esta fase, lo que, de momento, es difícil por la importancia de las resoluciones y actos que puede llevar a cabo el Juez de instrucción, aunque, cierto es, que su actividad instructora ha pasado a tener la característica de complementaria, y además limitada a la comprobación del hecho justiciable y respecto de las personas objeto de implantación por las partes acusadoras”. BERMÚDEZ REQUENA, Juan Manuel: *El Ministerio Fiscal en el nuevo modelo de instrucción*, Actualidad Penal nº 36, 6-12 de Octubre de 1997, pág. 814 y 815.

Jurado, que ha llevado a algún autor a hablar de “*desdoblamiento de personalidad*” en lo que a su actuación se refiere. Y es que primero debe tomar contacto con los autos decidiendo su incoación, luego debe “reubicarse y adoptar a partir de ahora una actitud de absoluta y rigurosa imparcialidad”<sup>555</sup> y luego debe de nuevo ser quien decida que hechos serán objeto de enjuiciamiento y cuáles no.

Pero la figura del Fiscal en este procedimiento no deja también de ser difícil. El Fiscal no es director de la instrucción, y como afirma VALERO OLTRA se producen situaciones complicadas. Pensemos como apunta dicho autor, en una denuncia falsa por hechos que caigan bajo competencia del Jurado, proveniente de un particular (dicha denuncia no ha sido depurada por el Fiscal) que accede directamente al Juez de instrucción, de tal forma que éste tan sólo puede o abrir el procedimiento ante el Jurado o de manera pseudo legal retrasar la imputación hasta comprobar en unas Diligencias previas la realidad de la imputación, vulnerando así el art. 24 LOTJ, pero garantizando que no se incoe procedimiento ante Jurado por hechos falsos<sup>556</sup>.

---

<sup>555</sup> MORENO, Juan Damián: El Juez de instrucción en lo procesos atribuidos al Tribunal del Jurado: un típico fenómeno de desdoblamiento de personalidad. *Jueces para la democracia* 29, Julio/1997, pags. 34 y ss.

<sup>556</sup> “Opción esta que, como la práctica diaria demuestra y aun suponiendo una burla al taxativo mandato del art. 24, es bastante común, como medio de corrección de situaciones injustas propiciadas por un procedimiento que nace cojo, por falta de un presupuesto, el de la posición privilegiada del Fiscal tanto en la Instrucción como en la iniciativa del ejercicio de la acción penal-consustancial en las legislaciones cuyo modelo de proceso es el que ahora se instrumenta para el Jurado”. VALERO OLTRA, Rafael: *El Fiscal y la instrucción en el procedimiento de la L.O. 5/95 del Tribunal del Jurado*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, “La investigación del Fiscal” VI, Madrid, 1998, pág. 28.

Podemos concluir afirmando que la LOTJ ha introducido premisas interesantes en el proceso penal, modificando la instrucción bajo los principios de imparcialidad, acusatorio y de contradicción, si bien, no podemos hablar ni de una instrucción coherente con el propio sistema procesal español que adolece ya de demasiados procedimientos penales, ni tampoco de un sistema que venga a superar los tradicionales problemas de la instrucción, tales como la falta de celeridad, la no definición clara de los cometidos de cada sujeto que interviene en la instrucción, y propia agilización de la investigación. No obstante, la LOPT ha marcado unas pautas correctas sustentadas por los tres principios a los que hemos aludido que deben servir de premisas para futuras reformas del proceso penal.

## **VII. LA INVESTIGACIÓN DE PARTE**



## 1. Aproximación al modelo de investigación de parte

Ya hemos tenido ocasión de estudiar las dificultades que entraña la mera calificación de *partes* en el proceso penal, pero lo cierto es que aun aceptando la formulación procesalista de parte formal, según la cual podríamos calificar de parte a aquellos sujetos que cuenten con atribuciones legales para impulsar la actividad procesal, no es posible hablar de instrucción en manos de una parte, en este caso la acusación. Como hemos tenido ocasión de estudiar, investigación e instrucción son dos conceptos que, aún íntimamente conectados, no dejan de configurarse como cosas distintas. En la investigación criminal sí podríamos hablar de investigación de parte en manos del Fiscal, pero en la instrucción propiamente dicha y dada la necesidad de un órgano jurisdiccional con cometido decisorio en la instrucción, no es posible hablar propiamente de instrucción de parte.

La investigación entendida como mera averiguación del hecho delictivo, recae en manos de la Policía judicial<sup>557</sup>, con independencia de quien la dirija, no obstante, la instrucción debe ser absolutamente procesal, por cuanto se realiza bajo el amparo de un órgano jurisdiccional, bien sea éste quien la dirija o bien sea éste quien la controle. En el caso de nuestro modelo procesal, con el Juez de instrucción hablaríamos de una instrucción dirigida por el propio juez, y en el caso del Juez llamado de garantías, que se limita a controlar y salvaguardar los derechos fundamentales del imputado, hablaríamos de una instrucción, más que dirigida, instada por el Ministerio Fiscal, por cuanto, en última instancia, será el órgano jurisdiccional quien deberá decidir si el acto o diligencia de instrucción instada por el Ministerio Público es o no ajustado a derecho.

---

<sup>557</sup> Art. 126 CE.

Pensemos por ejemplo en actos de prueba anticipada o preconstituida<sup>558</sup>, así como en medidas cautelares. En tales casos, la actuación del Ministerio Fiscal en esta parte del proceso que llamamos instrucción, sería *de parte*, y como tal instaría la práctica de la prueba o la medida, pero no podría acordarla ni practicarla sin el consentimiento del juez, por ello parece claro que cuando hablamos de instrucción de parte no se está pensando en una mera sustitución del juez de instrucción por el Ministerio Fiscal, sino por una distinta interrelación de tales órganos, en la que cada uno dentro de sus funciones constitucionalmente encomendadas, participe en el proceso penal instituyendo un proceso con más garantías y arbitrado por órganos más imparciales.

Si hablamos de investigación, su dirección recaería en el Ministerio Fiscal. Hablaríamos entonces de una investigación de parte, pues el Ministerio Público la llevaría a cabo pensando no sólo en la mera averiguación, sino también en el proceso propiamente dicho, lo que conlleva una doble vertiente, por un lado conllevaría que la investigación estuviera pensada para el proceso, pero a su vez conllevaría el riesgo de que estuviera pensada para formular la acusación y no la defensa, y ello obligaría necesariamente a una participación más activa de la defensa durante la propia investigación.

Por tanto es más acertado hablar de investigación de parte, esto es, investigación dirigida por el Ministerio Fiscal y realizada por la Policía Judicial, y ello aceptando de antemano que dada la posición del Ministerio

---

<sup>558</sup> El TC en Sentencia 40/1997 de 27 de Febrero ya afirmó que “la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba” es el Juez de instrucción (Fundamento jurídico 2º).



Público en nuestro proceso penal, sujeto a los principios de imparcialidad e legalidad, no puede nunca hablarse de una investigación *interesada*, pues la sujeción a tales principios ineludiblemente implican el sometimiento al Estado de Derecho, que no sólo en su ejercicio del *ius puniendi* debe buscar la averiguación de la verdad material, sino que exige que tal ejercicio se haga con escrupuloso respeto a las normas procesales, que, en suma, vienen a garantizar los derechos de las personas que se ven sometidas al proceso. Por ello nos atrevemos a decir, que si bien la investigación por parte del Ministerio Fiscal, es una investigación de parte, no podemos olvidar esa posición de garante del Fiscal, que tiene por “*misión promover la acción de la justicia*”<sup>559</sup>. Todo ello partiendo de que la posición del Fiscal tiene mayor calado que una parte procesal más<sup>560</sup>.

La actividad investigadora está destinada a la averiguación de los hechos y si bien podría plantearse una investigación dirigida por el Ministerio Fiscal, es lo cierto que tal investigación recaería en la Policía judicial, entre otras cosas porque es ese su cometido constitucional, y porque además es la que en la práctica viene realizando siempre la actividad de investigación. Por ello, cuando hablamos de Fiscal investigador se está pensando en un Ministerio Fiscal, que controle la actividad policial en aras a que se acopie el material necesario para llegado el caso poder formular la acusación, o en su caso, solicitar el sobreseimiento; no se piensa por el

---

<sup>559</sup> Art. 124.1 CE.

<sup>560</sup> Como afirma CORTÉS DOMÍNGUEZ “el Ministerio Fiscal no es una parte acusadora más. Es algo menos que el órgano instructor y mucho más que una parte, porque entre otras cosas puede dar a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones (art. 773.1), y a cuantos funcionarios constituyen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones procedentes en cada caso (art. 4.4 EOMF)”. MORENO CATENA, Víctor y otro: *Derecho procesal penal*. Valencia, 2012, pág. 195.

contrario en un Fiscal que dedique su tiempo a hacer de detective. No es esa su labor y además no puede encomendarse a un órgano cuya labor es promover la acción de la justicia la labor investigadora, para la que obviamente carece de medios humanos.

## 2. El Ministerio Fiscal como investigador

Ya hemos tenido ocasión de exponer lo difícil, por no decir peligroso, de conceptuar al Ministerio Fiscal como instructor, si con ello nos limitamos a hacer un burdo cambio de papel en la instrucción sustituyendo al Juez instructor por el que sería un Fiscal instructor<sup>561</sup>. Con independencia de los problemas derivados de la ausencia de garantías jurisdiccionales que tal cambio conllevaría, podemos observar que la separación clara de las funciones investigadoras e instructoras permite que podamos otorgar la investigación (o al menos su dirección) al Ministerio Público, no sólo sin menoscabo de las garantías procesales, sino con una mejora sustancial de la formulación acusatoria del proceso, de ahí precisamente que hablemos de investigación del Ministerio Fiscal, y no de instrucción<sup>562</sup>.

---

<sup>561</sup> Afirma De Urbano Castrillo que “en estos momentos lo que nos parece verdaderamente esencial no es tanto quien instruye sino cómo debe instruirse”. URBANO CASTRILLO, Eduardo de: *Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro*. “El Juez de Instrucción y el Juez de Garantías. Posibles alternativas”, Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 42, 2002, pág. 14.

<sup>562</sup> Esta es también la terminología que utiliza la propuesta de Código Procesal Penal presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012.

Quizá el mayor problema radica en que siempre que se habla de un cambio radical en la instrucción que agilice el proceso penal, parece estar pensándose simplemente en que sea el Ministerio Fiscal el que instruya. Pues bien, en nuestra opinión, ni si quiera ese debe ser el debate. No se trata de trasladar de despachos al Fiscal y situarlo en el que ocupan los jueces de instrucción. Ese cambio no sólo daría como resultado un absoluto colapso del propio sistema, sino que además conculcaría garantías constitucionales que se verían soslayadas sin remedio.

La desvinculación del juez en esa labor pre-acusatoria que tal cambio supondría, le posicionaría en una situación mucho más imparcial de cara a la toma de decisiones puramente jurisdiccionales que afectan a esta fase inicial del proceso penal, pues no olvidemos que como afirma ASECIO MELLADO el Juez instructor aparece como órgano parcial<sup>563</sup> en el proceso, y ello nos conduce a pensar que las decisiones puramente jurisdiccionales, ajenas a los actos de investigación propiamente dichos, se ven afectadas por esa parcialidad que en nada beneficia la formulación de un proceso con garantías.

Partiendo de tales premisas podemos afirmar que no es acertado plantear en nuestro proceso penal una instrucción dirigida por el Ministerio Fiscal. Y, entonces ¿dónde radicaría el cambio necesario que el sistema necesita no sólo por motivos de celeridad en la Justicia penal, sino por introducir mayores garantías al proceso? Bajo nuestro punto de vista, y como hemos apuntado, la solución radica en distinguir entre investigación e

---

<sup>563</sup> ASECIO MELLADO, José María: Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal, Madrid, 1.991, pág. 24.

instrucción propiamente dicha<sup>564</sup>. Así, los actos de investigación no tienen por qué recaer en manos jurisdiccionales, mientras que los actos de instrucción sí, en atención a que estos últimos servirán como base de argumentación para acordar medidas restrictivas de derechos fundamentales<sup>565</sup>.

Así, una investigación útil, racional, razonada jurídicamente y ágil, necesariamente debe estar vinculada al Ministerio Fiscal, no sólo por ser el órgano que planteará la acusación llegado el caso, sino que además es el único modo de que las garantías jurídicas sean observadas durante esta fase, pues no olvidemos que es al propio Fiscal a quien interesa que se respeten los derechos fundamentales de las personas investigadas, entre otras cosas porque de poco o nada sirve conculcar derechos durante la investigación en aras a esclarecer los hechos, si luego esas diligencias de investigación no van a ser válidas de cara al juicio. Por eso decimos que la cercanía de la policía judicial y el Ministerio Fiscal, no es sólo una garantía de cara al imputado, sino también una garantía para la propia sociedad, que aspira, o debe aspirar, a que de una correcta investigación, y de un juicio justo se llegue a la condena del culpable y al mero sobreseimiento del inocente. Se favorece de este modo una cadena de controles que beneficia la propia realización de la Justicia, de tal forma que la Policía judicial es controlada

---

<sup>564</sup> En este mismo sentido, MORA CAPITÁN, Belén: *El modelo de instrucción penal en el sistema español*, Justicia 2003, Revista de Derecho Procesal, pág. 160.

<sup>565</sup> En sentido contrario, DE LA OLIVA plantea que para acordar medidas restrictivas de derechos fundamentales se hacen necesarias valoraciones fácticas y jurídicas de los actos de investigación, las cuales implican juicios jurídicos, actividad ésta puramente jurisdiccional, y dada la dificultad que entraña su separación, mantiene dicho autor la exigencia de que los jueces de instrucción deben continuar con tal labor, y ello por imperativo constitucional. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988.

por el Ministerio Fiscal, y la actuación de éste, es a su vez, controlada por el Juez, que a su vez debe permitir el ejercicio del derecho de defensa en forma contradictoria, bajo premisas de su propia imparcialidad, orquestándose así un sistema en el que se parte de una definición clara del papel que debe asumir cada sujeto del proceso, de tal forma que la propia clarificación de la actuación de cada uno no sólo redunde en beneficio del propio imputado, sino en beneficio de la propia Justicia.

### 2.1. Origen y evolución del Ministerio Fiscal

Aunque etimológicamente la palabra fiscal<sup>566</sup> poco o nada tiene que ver con lo que hoy entendemos, certeramente ha apuntado GRANADOS PÉREZ que dos son las líneas que han ido marcando la evolución del Ministerio Fiscal, por un lado la tendencia hacia la unidad de la propia institución, y por otro lado, la tendencia a configurarse primero como defensor judicial de los intereses estatales, y luego de los intereses colectivos y sociales<sup>567</sup>. Estas premisas parecen haber sido una constante en su evolución hasta nuestros días.

Pues bien, en esta evolución su configuración original podemos encuadrarla en una institución recaudatoria que en el seno de Roma se encargaba de vigilar y defender los bienes del Emperador. Tal institución evolucionó hasta que en 1.387 en las Cortes de Briviesca, el rey Juan I sentó el concepto actual de Fiscal: “a los que pedisteis, por merced, que pusiere un hombre bueno e letrado e de buena fama por nuestro procurador fiscal a estos vos respondemos que nos place e Nos lo entendemos poner

---

<sup>566</sup> El concepto etimológico de Ministerio Fiscal está relacionada con la autoridad o funcionario de origen latino que era encargado de recaudar impuestos.

<sup>567</sup> GRANADOS PÉREZ, Carlos: *Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*, Rev. del Ministerio Fiscal, nº 4, 1997, Ministerio de Justicia, pág. 10.

por tal cual cumple a nuestro servicio”<sup>568</sup>. Vemos como poco a poco va tomando fuerza el concepto de fiscal como defensor judicial, pero no es hasta el final de la Edad Media cuando junto al Procurador fiscal, aparecen los fiscales como funcionarios del Rey, que ya intervienen en los juicios penales.

Con Felipe V se pretende la introducción del modelo francés que pretendía la unidad de la institución, aunque hubo de esperarse hasta que tal objetivo se consiguiese con el Real Decreto de 26 de abril de 1.844. Con el primer Estatuto del Ministerio Fiscal de 1.926 se consolida ya un Ministerio Fiscal entre cuyos fines se encuentra de forma nítida la promoción de la acción de la justicia, la defensa del interés público y la defensa de la legalidad.

La Constitución republicana de 1.931 ya introdujo en su art. 104 que “el Ministerio Fiscal velaría por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia”. Durante el periodo de la dictadura franquista el Ministerio Público se convierte en el órgano de comunicación del Gobierno con los Tribunales, como forma de control del poder judicial desde el ejecutivo, y finalmente con nuestra Constitución actual se sacraliza el Ministerio Fiscal como institución que promueve la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, vela por la independencia de los Tribunales y procura la satisfacción del interés social<sup>569</sup>.

---

<sup>568</sup> Texto citado en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *El Ministerio Fiscal*, Pamplona, 1999, pág. 30.

<sup>569</sup> Art. 124 CE.

## 2.2. La investigación del Ministerio Fiscal

Como ya hemos mencionado entendemos más acertado hablar de investigación por el Ministerio Fiscal o Fiscal investigador, en vez de Fiscal instructor, por cuanto, la instrucción contiene actos de carácter claramente jurisdiccionales que no deben ser atraídos a la esfera de actuación del Ministerio Público, sino que muy al contrario deben permanecer bajo el manto competencial del Juez<sup>570</sup>. Por tanto, no se trata de un cambio de figuras en el marco de la instrucción penal, sino de una nueva redefinición de los papeles que cada cual debe desempeñar, en aras a un mejor y más coherente sistema procesal, que en suma, redunde en una Justicia más eficaz y con mayores garantías.

La apuesta más clara por este sistema la tuvimos con el malogrado Anteproyecto de LECRIM aprobado por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011. Así, se apuesta finalmente por una investigación en manos del Ministerio Fiscal pues “corresponde al Ministerio Fiscal la potestad de dirigir la investigación de los hechos punibles u la de ejercitar la acción penal contra quienes deban responder criminalmente de los mismos”<sup>571</sup>. Pero insistimos: no se habla de Fiscal instructor, sino de Fiscal investigador, lo que, como ya hemos visto, tiene ciertamente su importancia, dado que no se trata de una trasposición de posiciones entre el Juez y el fiscal, sino de una nueva configuración de esta parte del proceso penal.

---

<sup>570</sup> Como afirma MORA CAPITÁN “cuando se discute sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción se está haciendo referencia a que dicho órgano dirija la investigación sobre los hechos a fin de sustentar una petición de enjuiciamiento o de sobreseimiento del proceso. Las medidas cautelares y la prueba anticipada, no sólo debido a su carácter contingente, sino también, y sobre todo, a su indiscutido carácter jurisdiccional, quedan excluidas de una eventual atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal”. MORA CAPITÁN, Belén: *El modelo de instrucción penal en el sistema español*, Justicia 2003, Revista de Derecho Procesal, pág. 156.

<sup>571</sup> Art. 55.2 Anteproyecto de LECRIM.

Quizá con cierto tono grandilocuente el Anteproyecto expresa su intención de terminar con el ambicioso proyecto regenerador iniciado en su día por la LECRIM de 1.882. Así, afirma en su Exposición de Motivos (IV) que “la fidelidad de la práctica forense a las reglas básicas del sistema procesal penal sólo puede asegurarse restaurando al juez en la posición de garantía que constitucionalmente le corresponde. Ésta es, en definitiva, la misión fundamental de la presente norma”. Pero claro, este reconocimiento de restaurar al juez a su posición de garantía deja el actual y vigente sistema claramente en entredicho. Una cosa es mejorar un sistema que adolece de defectos y otra muy distinta es justificar la reforma diciendo que lo que teníamos hasta ahora es contrario al derecho a la presunción de inocencia por “el carácter judicial que la formulación de cargos presenta en la actual fase de investigación”<sup>572</sup>.

Esto nos llevaría claramente a un implícito reconocimiento de inconstitucionalidad del modelo actual, lo que resulta claramente exagerado. Una cosa es mejorar el sistema y otra bien distinta es reconocer que el sistema actual no respecta los postulados democráticos en los que debe moverse el proceso penal.

### 2.3. Ventajas e inconvenientes

No cabe duda que una reforma procesal que implantara un sistema acusatorio puro en nuestro sistema conllevaría nuevos problemas, aunque también introduciría ventajas incuestionables.

---

<sup>572</sup> Exposición de motivos de la LECRIM de 1.882.



La nueva configuración de la instrucción, que se vislumbra como posible, en la que el Ministerio Fiscal asuma la investigación conlleva una nueva relación entre los tres órganos que intervienen en la misma. Como afirma GIMENO SENDRA “los jueces han de controlar a los fiscales y éstos a su vez a la Policía Judicial”<sup>573</sup>. Pues bien, esta relación de control en cadena, sin duda redundará en mayores garantías para el procesado, y mayor eficacia en la gestión de la investigación, por cuanto implica una redefinición de los papeles asignados a cada órgano, de tal forma que cada cual tendrá que realizar su labor de forma coordinada pero sin la ambigüedad de papeles que actualmente se produce, pues a veces nos encontramos ante jueces que investigan, que actúan de forma inquisitiva y que avisan al fiscal de turno cuando se ven necesitados de acordar alguna medida para las que la ley ha previsto la actuación del fiscal.

Podemos decir que una hipotética investigación dirigida por el Ministerio Fiscal contaría con la ventaja de introducir en el ámbito investigador, eminentemente policial, criterios jurídicos encaminados hacia una aplicación correcta de la normativa legal que regula este tipo de actuaciones<sup>574</sup>. Pensemos que el Fiscal en su labor de acusación debe ser quien decida qué diligencias de investigación pueden ser útiles y cuáles no para el esclarecimiento de los hechos, esto es, se acerca la acusación a la investigación. Por otro lado, se introduce en el ámbito de la investigación policial, criterios y razonamientos jurídicos que, dada la configuración del Ministerio Fiscal como garante de la legalidad, permiten hablar de mayores

---

<sup>573</sup> GIMENO SENDRA, Vicente: “¿Qué me quede como estoy?”. Artículo publicado en El País el 20 de Junio de 2004.

<sup>574</sup> Incluso entendemos que sería un acierto que los despachos de los propios Fiscales que se encargasen de la investigación estuvieran en las mismas sedes de la Policía Judicial de tal forma que se permitiera una continua y fluida transmisión de información entre ambos órganos que beneficiaría el propio sistema.

garantías durante la investigación. A ningún Fiscal interesará que una investigación se vaya al traste por llevar a cabo actuaciones policiales sin cumplir requisitos legales, entre otras cosas porque de nada le serviría de cara a formular la acusación, y eso a su vez implica necesariamente que sea el propio Fiscal el que vele por el respecto de los derechos fundamentales durante la fase de investigación, lo cual además constituye uno de los pilares de sus funciones constitucionales: promover la acción de la Justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos<sup>575</sup>.

Es innegable que otra ventaja derivada de descargar al Juez de la dirección de la investigación radica en que le libera de cualquier conato de parcialidad que pudiera pesar sobre su actuación. Desde luego, esta es la gran virtualidad y ventaja de este sistema. De esta forma, la labor del Juez durante la instrucción adquiere un carácter más jurisdiccional, por cuanto se dedica a decidir sobre aquello que se le someta a su juicio bajo premisas de contradicción, sin verse mediatizado por su propia actuación como instructor. Tanto es así que el propio Libro Blanco de la Justicia<sup>576</sup> afirma que “en tanto no se instaure en nuestro sistema el principio acusatorio puro, debe regularse la separación de la función instructora de la garantista y tuteladora de los derechos de los ciudadanos, debiendo acordarse las medidas cautelares si proceden, y cuantas afecten a derechos fundamentales de los ciudadanos, por juez distinto al que investiga”. Y ciertamente compartimos tal criterio, pero a su vez, observamos que a base de parchear nuestro sistema acusatorio formal, se está creando un auténtico galimatías de figuras y actos procesales para poder seguir manteniendo un sistema que, al parecer viene ya tiempo haciendo aguas, porque, si no ¿por qué las sucesivas reformas han venido introduciendo más formulas acusatorias

---

<sup>575</sup> Art. 124.1 CE.

<sup>576</sup> Elaborado por el Consejo General del Poder Judicial.

propriadamente dichas, cuando la raíz del asunto radica en una buena definición de las instituciones y de las figuras que intervienen en la instrucción, otorgando a cada una el papel más adecuado a su función? Bajo nuestro punto de vista el problema insoslayable de la instrucción actual dirigida por el Juez de instrucción radica precisamente en la pérdida de imparcialidad que conlleva la investigación de cara a la toma de decisiones eminentemente jurisdiccionales que afecten a derechos fundamentales. Por mucho que se disfrace con el principio acusatorio la adopción de medidas cautelares durante la instrucción, si éstas vienen acordadas por un juez que previamente ha dirigido la investigación, no dejará de ser un verdadero *teatro*, en el que el propio juez investigador ante su convencimiento de la necesidad de acordar una medida cautelar, *pedirá* (convocará, según la LECRIM) al Fiscal que a su vez se la solicite, para, cumpliendo con el principio acusatorio, poder acordarla. Tal sistema en modo alguno respeta el principio de imparcialidad y desde luego no se sostiene desde un punto de vista lógico. Pero es que además, como afirma con acierto LOPEZ BARJA DE QUIROGA, el derecho a un juez imparcial como derecho fundamental no es un derecho de carácter rogado, esto es, no debe dejarse su respeto y garantía a la previa petición de parte, sino que muy al contrario debe ser el propio Estado de Derecho el que vele porque en cada una de las actuaciones procesales que lleven a cabo los jueces se ampare la imparcialidad necesaria<sup>577</sup>.

Debe mencionarse, aunque se trate casi de una reflexión, más que de una ventaja propiadamente dicha, que como hemos tenido ocasión de estudiar, tanto los sistemas penales de nueva configuración de carácter internacional, léase la Corte Penal Internacional, como el Corpus Iuris europea, como los

---

<sup>577</sup> LOPEZ BARGA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra, 2004, pág. 395.

sistemas implantados en países de nuestro entorno cultural, han venido a configurar un modelo basado en el sistema acusatorio puro, en el que el Fiscal es quien investiga. Ello no tendría de por sí mayor trascendencia, pero no podemos olvidar que los sistemas procesales tienden a homogeneizarse en aras a formular modelos ampliamente aceptados que permitan un respeto mayor de los derechos humanos de cara al proceso penal. Por tanto, no asumir esta realidad imperante a nuestro alrededor podría a la larga desautorizar nuestro propio modelo ante otros Estados. Como afirma la Memoria del FGE del año 2000, citando a la Fiscalía de Cádiz “la singularidad del sistema español de instrucción se encuentra en marcado contraste con el criterio asentado en la práctica totalidad de los modelos europeos”.

Por otro lado, si nos detenemos en la relación institucional entre el Gobierno y el Ministerio Fiscal, vemos que pueden plantearse problemas de injerencia política, desde luego inaceptables, y es significativo que sea éste un viejo problema que ya fuera denunciado por ALCALÁ ZAMORA CASTILLO en 1.929, manifestando que “mas el éxito o el fracaso de las instituciones no depende del nombre, es de temer que esa independencia no pase de ser un buen deseo, expuesto a fracasar por la organización que en la ley se da al Ministerio Público, que lejos de estar por completo desligado del Gobierno, continúa siendo el medio de comunicación y el agente del ejecutivo en sus relaciones”<sup>578</sup>.

Ya en el año 2.000 la *Asociación jueces para la democracia*, y aunque puntualizando que no consideran prioritario un cambio de tal envergadura (es decir, atribuir la instrucción a los Fiscales), pero que se si

---

<sup>578</sup> ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, Niceto: *Lo que debe ser el Ministerio Público*, en Rev. G. de Legislación y Jurisprudencia, Año LXXVII, Tomo 155, 1929.

optara por ello, deben establecerse cauces de control parlamentario del nombramiento y cese del Fiscal General del Estado<sup>579</sup>.

Y precisamente las sucesivas reformas del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal han ido otorgando mayor independencia a la institución, de tal forma que la última operada por la Ley 24/2007, de 9 de Octubre, vino claramente a entrar en esta cuestión, intentando posicionar al Ministerio Fiscal en una posición de mayor independencia del ejecutivo. Su Exposición de motivos decía que “uno de los objetivos que se pretende alcanzar con la presente reforma es dotar al Ministerio Fiscal de una mayor autonomía en el desempeño de sus funciones, que contribuya a reforzar de cara a la sociedad el principio de imparcialidad que preside su actuación de conformidad con lo previsto en el art. 124.1 de la Constitución”. Y fueron básicamente dos las nuevas cautelas para la independencia del FGE, por un lado se estableció una preceptiva audiencia ante una Comisión del Congreso de los Diputados antes del nombramiento por el Rey, y por otro lado, se establecen una serie de causas objetivas de cese, desapareciendo la posibilidad de cese sin causa que antes tenía el Ejecutivo.

No obstante, debemos tener en cuenta que cualquier cambio radical en el nombramiento del FGE, de forma que fuera directamente nombrado por el Congreso de los Diputados, como muchos apuntan ante una eventual

---

<sup>579</sup> Afirmaban que “si en el futuro se opta que sea el Fiscal quien instruya, lo importante es que sea independiente para asegurar que la instrucción de las causas, incluidas las que afecten a personas vinculadas con los poderes públicos y privados, no será mediatizada o instrumentalizada por el poder ejecutivo. Si el legislador finalmente opta por esta solución proponemos que previamente se reforme el Estatuto del Ministerio Fiscal de 1981, a fin de que la designación y cese del Fiscal General del Estado, partiendo del actual marco constitucional, se someta a control parlamentario”. Informe de la Asociación Jueces para la democracia a la propuesta de reforma de la Justicia elaborada por el CGPJ el 25 de Julio de 2000.

investigación dirigida por el Ministerio Fiscal, necesariamente pasaría por una reforma constitucional, pues no olvidemos que el art. 124 CE establece que el nombramiento lo hace el Rey a propuesta del Gobierno. Y sinceramente, no creemos que tal cambio sea absolutamente indispensable. Si tenemos en cuenta que el Gobierno se apoya en su mayoría parlamentaria, el eventual nombramiento del FGE por parte del Congreso de los Diputados, se apoyaría en esa misma mayoría, que lógicamente haría coincidir los intereses del Gobierno con los de esa mayoría, por lo que poco o nada redundaría en independencia de la institución.

Lógicamente dichas posibles injerencias se ponen en evidencia aun más si pensamos en una investigación dirigida por el Ministerio Fiscal. En aras a la independencia que debe presidir la actuación del Ministerio Fiscal, debe profundizarse en las reformas realizadas en tal sentido hasta la presente fecha, configurando un nuevo marco de relación entre ambas instituciones, de tal forma que de la actuación del Gobierno quede vedada cualquier orden, sugerencia o recomendación al Ministerio Fiscal en un determinado caso, pues tal relación institucional debe quedar limitada a dar sugerencias generales en materia de política criminal, pero siempre evitando cualquier conato de actuación que implique actuación concreta en un caso determinado.

Igualmente parece también coherente, *lege ferenda*, que si la investigación se deja finalmente en manos de los Fiscales, se incorpore a su Estatuto Orgánico una nueva configuración de tal forma que no sea el Gobierno quien directamente nombre a los Fiscales de categoría primera<sup>580</sup>, para así dotar de una mayor independencia a la propia institución.

---

<sup>580</sup> Art. 36 EOMF.

Pese a todo, y si bien en ciertos casos de calado político esa independencia pueda quedar en entredicho, no podemos olvidar que en la mayoría de los casos en los el Ministerio Fiscal interviene no suele peligrar su independencia, sino que muy al contrario, pues el Ministerio Fiscal viene gozando en la práctica forense de un prestigio que indudablemente constituye el resultado de una correcta práctica procesal en aras de la consecución del buen fin de la Justicia.

En este contexto hay algún autor que incluso aboga por una instrucción en la que convivan los dos modelos (tanto el Juez instructor como el Fiscal instructor), y puede que incluso esta opción permita que esa convivencia de sistemas, al menos temporal, permita una clarificación y una transición más ordenada y segura, aunque lo cierto es que sería compleja de articular<sup>581</sup>.

Finalmente los medios técnicos y humanos. No podemos hablar de un nuevo modelo de investigación criminal contando con lo que actualmente se tiene. La plantilla de Fiscales es ridícula, y traspasar sin más la dirección de la investigación a éstos implicaría, sin más, que la dirección práctica quedara asumida por la Policía Judicial, prácticamente sin control alguno, lo cual desde luego no sería nada deseable. Tan sólo una plantilla

---

<sup>581</sup> Así GIMENO SENDRA afirma que “sin perjuicio de acentuar la autonomía del MF, sería conveniente, bien reservar el conocimiento de determinados delitos (corrupción política, funcionarios, económicos...) al Juez de Instrucción, bien secundar, en este extremo, la reforma portuguesa: permitir que el ofendido pueda optar entre ambos modelos y exigir la realización de la instrucción judicial clásica, de suerte que se mantengan ambos vigentes (el francés y el anglosajón) hasta que la experiencia revele las ventajas del nuevo modelo de reforma”. GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, Pamplona, 2012, pág. 71.

mucho mayor a la actual de fiscales, de personal auxiliar y de medios materiales, unido a una nueva redistribución de competencias traerá consigo una nueva configuración de la investigación penal, que conllevará ventajas de cara a la eficacia, independencia, imparcialidad, celeridad y responsabilidad de la Justicia.

No obstante, y pese a que el Fiscal General del Estado en su Memoria del año 2.000 afirmaba que “en el estado actual de las Fiscalías españolas, para poder asumir las funciones que desarrollan los Juzgados de Instrucción, se necesitaría una gran ampliación de espacios, de medios y de personal que permitiera a cada Fiscal individualizar sus investigaciones y contar no sólo con personal de la Administración de Justicia, sino también con fuerzas de Policía Judicial que dependiera directa y exclusivamente de la propia Fiscalía”, lo cierto es que en la Memoria del FGE de 2011 ya se afirmaba que “todos los retos del futuro inmediato son ya realidades presentes en la organización y la planificación del Ministerio Fiscal. El período que ahora se cierra se inició con el propósito de preparar al Fiscal español para afrontar el gran cambio esperado durante décadas, que hoy constituye la única salida razonable a la crisis creciente del sistema de Justicia penal en nuestro país. Estamos listos para asimilar y hacer funcionar un nuevo modelo de proceso penal homologable al de la práctica totalidad de los países del mundo, en el que la debida separación de las funciones de investigar y tutelar las garantías de los ciudadanos se traduzca en un nuevo papel del Ministerio Público, más eficiente en la tarea de hacer que el proceso penal no sea un objetivo en sí mismo, de extensión a veces interminable y dirección imprecisa, sino un instrumento eficaz y útil que sirva para resolver los problemas que el delito genera a los ciudadanos”.



Si a ello añadimos que el hecho de que el Fiscal asuma la investigación no implica la innecesariedad del Juez, sino todo lo contrario, observamos que no valdría con la mera sustitución de despachos del Juez por el del Fiscal, pues aquel continuará presente en la instrucción, y por tanto la necesidad de medios materiales y personales se hará todavía mucho mayor. Y obviamente tales obstáculos son, sin duda, importantes, pero ¿debe renunciarse a un modelo procesal por escasez de medios? La respuesta dependerá del pragmatismo con el que se pretenda resolver, pero lo cierto es que se necesitará algo más que una Ley para que funcione un sistema de investigación en manos del Ministerio Fiscal, porque desgraciadamente lo que no podría soportar nuestra colapsada Justicia, sería una Fiscalía que lejos de agilizar, retrasara aún más si cabe, el actual lento camino que lleva al juicio oral<sup>582</sup>.

Es necesario que el Ministerio Fiscal cuente con los medios materiales y humanos para que el cambio redunde en beneficio de todos, pero es de suma importancia tener en cuenta que eso no basta para que el sistema respete las garantías constitucionales. Si la práctica de diligencias está en manos del Fiscal, debe existir el cauce para que la defensa pueda instar aquellas diligencias que estime necesarias. En nuestro sistema es impensable que la defensa tenga que asumir el coste de una investigación

---

<sup>582</sup> Apunta VÁZQUEZ SOTELO, José Luis que “Para poder encomendar la instrucción a los Fiscales haría que crear tantos Fiscales como Jueces de Instrucción, a fin de que las Fiscalías pudiesen atender a este nuevo cometido. Con ellos habría que crear y dotar los correspondientes equipos de trabajo (Secretarios, Oficiales, Auxiliares, Agentes) y las necesarias instalaciones (oficinas, locales, etc.). En todo esto se invertirían necesariamente años, porque no es posible improvisar esos funcionarios (que se suponen debidamente preparados) ni esas instalaciones. ¿Cómo puede pensarse en que esta sea una solución practicable ahora mismo, ante la situación de nuestra Justicia penal?”. *Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*, I Congreso de Derecho Procesal Castilla-León, Madrid, 1988, pág- 376.

de forma privada, por lo que es necesario que se articule el modo en el que el encausado pueda instar aquellas diligencias de prueba que le permitan acreditar su inocencia, y para ello no hay otro modo que establecer que la decisión sobre si se practica o no una determinada diligencia de investigación pueda ser recurrida ante el Juez de garantías, de forma tal que no quede cerrada la puerta por la mera negativa del Ministerio Fiscal.

### 3. El papel del juez en este modelo

Debemos señalar que el papel del Juez viene señalado por la Constitución, pues, como hemos tenido ocasión de ver, al juez corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado<sup>583</sup>, actividad puramente jurisdiccional que podemos entender ampliable a cualquier actividad decisoria de índole jurisdiccional que revista tal carácter en atención a la materia a la que se refiera. Así, siempre que exista relación entre la decisión y la afectación de derechos fundamentales, no puede admitirse intromisión sino es por orden exclusiva de la autoridad judicial.

Pero debemos plantearnos cuál debe ser el papel del juez en un modelo de instrucción en el que prime la actuación del Fiscal. Pues bien, partiendo de la base de que abogamos por una participación más activa del Fiscal en la fase de investigación por los motivos que hemos expuesto, parece acertada la opinión de UBRANO CASTRILLO que apunta a la necesidad de que el juez durante la instrucción no se convierta en un órgano pasivo que se limite a refrendar la instrucción del Fiscal, su labor debe ir

---

<sup>583</sup> Art. 117.3 CE.

más allá, realizando una efectiva labor de control durante la instrucción<sup>584</sup>, de tal forma que se compagine la agilización de la investigación con el aumento de garantías del imputado durante la instrucción. Sólo de la conjunción de ambos aspectos se encauzará la instrucción hacia un modelo eficaz y justo.

Este planteamiento viene a reconocer la necesidad de que el papel del Juez debe quedar distanciado de la dirección de la investigación ya que es ésta la única forma de que el control sobre la misma se lleve a cabo con verdadera autonomía e imparcialidad, cosa que resulta imposible si el juez debe investigar y autocontrolar su propia actuación en aras a garantizar los derechos del imputado investigado. Pero por otro lado no compartimos la opinión de quienes, como DE URBANO CASTRILLO, justifican la imparcialidad del juez de instrucción cuando toma decisiones afflictivas para el imputado afirmando que realmente “no es el Juez de instrucción sino la Audiencia Provincial quien tiene la última palabra”<sup>585</sup>. Pero ¿acaso la

---

<sup>584</sup> Afirma URBANO CASTRILLO que “no consideramos necesario importar la figura del Juez de garantías, pasivo y limitado a refrendar la instrucción del fiscal, porque la instrucción es algo más que autorizar medidas restrictivas o resolver recursos. Es, sobre todo, una actividad valorativa, que sólo está en condiciones de realizar de modo equitativo, un órgano imparcial como es el Juez, cuya misión es sobre todo la de ponderar las grandes decisiones de esta fase preparatoria del juicio, valorándolas mediante la toma de sus propias resoluciones. De este modo, tienen cabida en esta función de control judicial: la adopción de medidas restrictivas de derechos, que pudieran solicitar el Ministerio Fiscal o las partes; la revisión del ejercicio del principio de oportunidad –que es reglado- del Ministerio público; la resolución de los recursos que las partes planten y, de modo especial, el control de las dos grandes decisiones instructorias, el sobreseimiento-archivo de las actuaciones o la apertura del juicio oral”. URBANO CASTRILLO, Eduardo de: *Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro*. “El Juez de Instrucción y el Juez de Garantías. Posibles alternativas”, Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 42, 2002, pág. 75.

<sup>585</sup> URBANO CASTRILLO, Eduardo de: *Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro*. “El Juez de Instrucción y el Juez de Garantías.

imparcialidad no debe predicarse en cada órgano jurisdiccional? ¿Acaso basta con que sea imparcial el órgano superior para justificar que el inferior pueda ser parcial? A nuestro modo de ver tal planteamiento no contaría con la premisa que mantenemos, que no es otra que la imparcialidad es algo intrínseco a la naturaleza jurisdiccional en todos sus órganos, lo que obliga a que se predique en todas sus instancias.

Por tanto, vemos como el papel del Juez durante la instrucción se va concretando en dos aspectos de vital importancia, por una parte es claro que su actuación debe ir encaminada a permitir y garantizar el ejercicio del derecho de defensa del imputado, y por otro lado, debe ser a su vez filtro de acusaciones, de forma que nadie tenga que verse en juicio oral, sin haber apreciado un órgano jurisdiccional previamente “indicios racionales de criminalidad”<sup>586</sup>. Estas dos funciones nos parecen imprescindibles e irrenunciables y cualquier reforma procesal debe tener en cuenta tales premisas, porque además el hecho de que en algún momento pueda ser el Ministerio Fiscal quien dirija la investigación, hace aún más necesaria esta intervención del Juez durante la instrucción, no ya por desconfianza hacia la institución Fiscal, sino porque del control mutuo, independiente e imparcial de los distintos órganos que intervienen en la investigación es de donde puede surgir una Administración de Justicia más coherente con los postulados constitucionales y más eficaz en aras de la salvaguardia del tutela judicial efectiva.

---

Posibles alternativas”, Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 42, 2002, pág. 75.

<sup>586</sup> ORTIZ URCULO, Juan Cesáreo: *Algunos aspectos de las garantías propias de la instrucción penal a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, “El Juez de Instrucción y el Juez de Garantías. Posibles alternativas”, Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 42, 2002, pag 169.

El postulado que en este sentido plantea el Anteproyecto de LECRIM no es otro que el de configurar un Juez de garantías al que atribuye una serie de competencias durante el procedimiento de investigación que enumera el art. 2 en los siguientes términos:

- “1º Autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos.
- 2º Resolver sobre las peticiones de medidas cautelares.
- 3º Asegurar la fuente de prueba personal ante el riesgo de pérdida de la misma.
- 4º Controlar la duración de la investigación.
- 5º Autorizar el secreto de la investigación y su prórroga.
- 6º Disponer el sobreseimiento del procedimiento de investigación.
- 7º Resolver las impugnaciones contra los decretos del Ministerio Fiscal.
- 8º Autorizar la reapertura del procedimiento cuando éste se haya dirigido contra una persona determinada.
- 9º Ordenar, a instancia de la defensa o de los acusadores particulares o populares, la realización de diligencias de investigación complementarias a las practicadas por el Ministerio Fiscal.
- 10º Amparar a la víctima del delito cuando esta condición le sea denegada por el fiscal en el curso de la investigación.
- 11º Adoptar medidas de protección a favor de las víctimas especialmente vulnerables.
- 12º Decidir sobre la personación e intervención de los acusadores populares.
- 13º Resolver sobre la exclusión de la acción civil cuando ésta pueda originar retrasos graves en la tramitación del procedimiento”.

Como puede observarse se tratan de competencia claramente jurisdiccionales que alejan al juez de cualquier conato de parcialidad Durante la investigación, y que por tanto le posiciona en una mejor coyuntura de cara a la salvaguarda de los derechos de las personas sometidas a una investigación criminal.

#### 4. El papel de la policía judicial

Con independencia del modelo que se estudie, es algo poco discutido que la labor fundamental de la Policía judicial debe ser la investigación criminal. La propia CE marca los límites al encomendarle la averiguación de los delitos y descubrimiento y aseguramiento del delincuente<sup>587</sup>. Quizá por ese claro papel constitucional las funciones policiales han sido menos discutidas doctrinalmente<sup>588</sup>.

No obstante, el problema se plantea en los que respecto a la relación que debe existir entre la Policía judicial y el Ministerio Fiscal o el Juez de instrucción. Mientras que permanezca en nuestro proceso penal la investigación en manos del Juez de instrucción, es obvio que la policía judicial deberá mantener esa típica relación de subordinación y dependencia, aunque en la práctica la policía se limite en muchas ocasiones a dar cuenta de lo investigado al Juez. Esa interrelación entre Policía Judicial, Jueces y Fiscales, es lo que realmente debe ser objeto de una redefinición en aras a una correcta asignación de funciones que permita no sólo una mayor eficacia de la propia investigación, sino también una mejor salvaguardia de los derechos fundamentales en el proceso penal.

Pese a las nuevas tendencias, la investigación continuará o debería continuar siendo un papel encomendado a la Policía Judicial, y si hablamos de un Fiscal que asuma la investigación, aquella deberá actuar no sólo bajo

---

<sup>587</sup> Art. 126 CE.

<sup>588</sup> Como afirma LOPEZ BARJA DE QUIROGA “éste es el marco constitucional en el que la policía administrativa tiene una misión y la policía judicial otra; precisamente la investigación de los delitos corresponde a la policía judicial”. LOPEZ BARGA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra, 2004, pág. 647.

las órdenes del Fiscal, sino que además, deberá ser controlada por este órgano, que deberá impedir que actuaciones realizadas con excesivo celo profesional, puedan enturbiar la práctica de la acusación de cara al juicio. Si la investigación es la preparación del juicio oral, no debe perderse tiempo en diligencias de investigación innecesarias y superfluas, el Fiscal debe controlar que se practiquen aquellas que considere necesarias para la averiguación de la verdad, descartando aquellas que por superfluas tan sólo provoquen retraso en la Administración de Justicia. Es más, la cercanía del Fiscal con la Policía Judicial redundaría en una mayor cualificación jurídica dentro de la propia investigación, lo que sin duda haría mejorar la calidad de la misma.

No obstante, apunta DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA que la solución del problema planteado pasa por aceptar que es la Policía judicial la que debe asumir la investigación, con independencia de que deba “dar cuenta al Ministerio Fiscal del curso de la investigación en cualquier momento, especialmente cuando limitare derechos fundamentales de alguna persona en el curso de la misma y, en todo caso, cuando pretenda que el Juez de Instrucción los limite por ser necesaria a resolución o autorización judicial”<sup>589</sup>. Y ciertamente es razonable tal planteamiento. Incluso la práctica en aquellos países de nuestro entorno en los que se implantó el Fiscal investigador, y ante la insuficiencia de medios personales, se hizo patenten que la investigación venía siendo asumida por la Policía, lo que abocaba a cambiar el planteamiento aceptando que fuera ésta la que asumiera directamente la investigación criminal, y ello sin que implique que las medidas que supongan restricciones de derechos fundamentales vengan informadas por el Fiscal y acordadas por el Juez correspondiente. Pese a

---

<sup>589</sup> DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001, pág. 339.

ello, y aún entendiendo tal planteamiento, no compartimos la opinión de que deba dejarse la investigación en manos de la Policía judicial, primero porque sería aceptar que al ser escasos los medios personales de los que dispone el Ministerio Fiscal debe asumirse tal investigación por la Policía judicial como algo inevitable, y ello desde luego, no debe ser la premisa. Si son, ciertamente escasos tales medios habrá que dotarlos presupuestariamente para que puedan habilitarse más Fiscales con más medios, de forma que puedan efectivamente asumir la investigación con garantías de que se participación no sea meramente testimonial sino efectiva y controladora. Y en segundo lugar, debemos pensar que por mucho que aceptemos que la Policía Judicial forma parte del Estado de Derecho, que sus miembros son funcionarios públicos, que deben respetar el principio de legalidad en todas sus formas, es patente y poco cuestionable que la cercanía del Fiscal en la investigación ofrece mayores garantías para el imputado, y no sólo porque aporta una visión más jurídica a la investigación, sino porque además constitucionalmente tienen encomendada la promoción de la Justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos y obviamente entre tales derechos se encuentra en primer orden los derechos fundamentales. Ello implica claramente que el derecho de defensa y los restantes derechos que garantiza el art. 24 CE deben ser, y de hecho son, garantizados por el Ministerio Fiscal, y aunque sólo sea por eso nos parece preferible una investigación dirigida por el Ministerio Fiscal. Basta pensar en la actuación a la que se vería abocada el abogado del detenido o imputado en sede policial si la propia policía dirigiera la investigación. Parece claro que las cortapisas a la defensa acabarían soslayando el ejercicio de tal derecho, y acabaría provocando problemas no sólo a quien trata de defenderse, sino también a quien debe posteriormente ejercer la acción penal, pues el Ministerio Fiscal estaría abocado no aceptar prácticas dudosas durante la investigación. Es práctico pensar en una policía



investigadora, pero es también ingenuo pensar que la misma siempre va a actuar respetando las garantías constitucionales cuando su actuación no esté sujeta al control del Juez o del Ministerio Público.

Por ello, parece coherente que la formulación de la relación entre la Policía Judicial, el Juez y el Fiscal, debe regirse por una nueva configuración de los papeles que cada cual tiene asignado, estableciéndose una Policía que investigue, bajo el control y dirección del Fiscal, lo cual no tiene por qué implicar que sea el Fiscal el que asuma directa y personalmente la investigación, y un juez que a su vez controle y resuelva sobre aquellas cuestiones que, afectando a derechos fundamentales, se susciten durante la instrucción. Esta es quizá la propuesta que plantea el Anteproyecto de LECRIM, viniendo a clarificar la posición de la policía. Así el art. 435 nos dice que “la función de policía judicial tiene por objeto la realización de las actuaciones establecidas en la ley para la averiguación de los hechos delictivos y el descubrimiento de sus responsables”. Y en su relación con el Ministerio Fiscal establece la posibilidad de recibir instrucciones tanto generales para garantizar su coordinación, como particulares referidas a asuntos concretos que estén investigando<sup>590</sup>. Por otro lado y respecto a la relación de la policía con los jueces y tribunales se prevé que “los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad también obedecerán las órdenes e instrucciones que conforme a lo establecido en esta ley reciban del juez o tribunal competente”<sup>591</sup>, por tanto no desvincula totalmente a la policía del juez, y ello con independencia de que la dirección de la investigación recaiga en el Fiscal.

---

<sup>590</sup> Arts. 437 y 438 Anteproyecto LECRIM.

<sup>591</sup> Art. 441 Anteproyecto LECRIM.

En el presente asunto, quizá lo más llamativo sea lo que el art. 440 del citado Anteproyecto establece en relación a la inamovilidad de los policías asignados a una investigación, pues se exige autorización del fiscal encargado de la investigación para poder apartar a determinados funcionarios de una investigación. Esta previsión no deja de ser llamativa y ciertamente interesante en lo que respecta a la relación institucional entre la Administración y el Ministerio Fiscal, pues de facto viene a impedir injerencias de la Administración en la actividad investigadora del Fiscal, otorgando así mayor independencia a la actuación de éste, lo cual sin duda constituye una buena medida.

##### 5. El papel de las partes: abogados, acusación y defensa

Doctrinalmente<sup>592</sup> viene siendo aceptado que el imputado adquiere la calificación de parte procesal por cuanto actúa en el proceso en defensa de sus derechos subjetivos, siendo además parte pasiva (pues contra él se dirige la acción penal) y necesaria (sin él no cabe continuar el proceso penal). Pues bien, esa calificación de parte le otorga desde el mismo inicio del proceso penal la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, que a su vez constituye una premisa en cualquier planteamiento que hagamos de la instrucción penal. Su práctica sin cortapisas debe quedar garantizada sea cual sea el modelo que se adopte, lo cual implica articular las medidas para que en ningún momento de la investigación pueda causarse indefensión<sup>593</sup>.

---

<sup>592</sup> MORENO CATENA, Víctor, en el Manual GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, pág. 258.

<sup>593</sup> Como afirma LÓPEZ BARGA DE QUIROGA “el derecho de defensa, conforme a lo dispuesto en los arts. 118, 767, 771.1ª.a y 796.1.2ª LECRIM, ha de reconocerse desde el instante en que el procedimiento se dirija contra una determinada persona. Por consiguiente, no se restringe exclusivamente a la fase del juicio oral, sino también durante el periodo de investigación de los

Así el ejercicio del derecho de defensa durante la investigación depende, en suma, de la identificación del presunto delincuente, pues obviamente puede iniciarse la investigación sin que exista imputación concreta contra ninguna persona, pero lo realmente importante, es que una vez identificado el supuesto culpable y una vez adquirida su calificación de imputado entre en juego el derecho de defensa, de forma que la preceptiva intervención del abogado defensor concreta la posición de parte en el proceso penal del propio imputado, hasta el punto de convertir en necesaria su participación en la investigación, y ello de forma activa, instando diligencias y de forma pasiva participando en las instadas por las restantes partes acusadoras.

El ejercicio del derecho de defensa para el investigado se constituye en algo absolutamente necesario, pues si partimos de la fase de investigación como aquella fase en la que debe decidirse si se abre o no el juicio oral, debe otorgarse a la persona imputada la posibilidad de demostrar, ejerciendo el derecho de defensa, la insostenibilidad de la acusación contra él formulada, de forma que se le evite el paso por el desagradable lance del juicio oral. Así, este ejercicio del derecho de defensa debe quedar siempre garantizado se opte por un modelo de instrucción o por otro. Si pensamos en un Fiscal a cargo de la investigación, y en el Juez asuma un papel garantista, podríamos llegar a que fuera el propio Fiscal quien debiera garantizar el ejercicio del derecho de defensa del imputado, y desde luego así debe ser, pero tal planteamiento ofrecería pocas garantías, pues confiar sin más en que el Ministerio Fiscal hará lo necesario para preservar durante la investigación el derecho de defensa, se presenta como

---

hechos". LOPEZ BARGA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra, 2004, Pág.. 799.

algo, cuando menos, dudoso. Se hace pues necesario arbitrar el modo de que, por un lado la participación de la defensa en las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal sea activa y permanente, y por otro que se otorgue al imputado el derecho a acudir al Juez de garantías para instar ante él aquello que se le ha denegado por el Ministerio Fiscal.

De lo contrario esas diligencias denegadas en la investigación oficial del Ministerio Fiscal tendrían que recaer sobre las espaldas del imputado, quien, si tiene medios económicos suficientes, podría permitirse mejores informes y pruebas que quien no los tuviese. Tal sistema de investigación privada en nada beneficiaría a quienes tuviesen menos recursos y haría alejarse la verdadera Justicia del ámbito de la investigación criminal.

No podemos olvidar que los medios para investigar, llevar a cabo citaciones, elaborar informes técnicos, etc, están en manos de la Administración de Justicia; y para investigar sin vulnerar el principio de igualdad de armas, desde una posición equiparable, que permita que tanto acusadores como defensores puedan instar aquellas diligencias de investigación necesarias en defensa de los intereses encomendados, se hace necesario que se permita a las partes personadas reproducir sus peticiones de diligencias de investigación ante el Juez, y que éste tenga la posibilidad de instar su práctica. No arbitrar tal sistema conllevaría que tales diligencias no serían practicables hasta el momento de proposición de pruebas previo al juicio oral, lo que sin duda mermaría las garantías de defensa y convertiría la investigación en la preparación de la acusación y no en la fase del proceso en que se decide si debe o no haber juicio.

A este respecto no olvidemos que como bien enfatiza GIMENO SENDRA “El primer derecho que se ha de reconocer al sujeto pasivo de

una instrucción penal es el de poder acceder libremente al proceso, a fin de que ejercite ese “recurso” efectivo o derecho a ser oído por un tribunal independiente, al que se refieren los artículos 13 y 6.1 del CEDH y que se le ha de conceder al imputado en todas y cada una de las fases e instancias procesales”<sup>594</sup>. Este derecho al acceso al proceso es particularmente importante si hablamos de investigación por el Ministerio Fiscal, dado que se debe articular el modo de que el imputado puede tener ese acceso garantizado con independencia de quien sea el que instruya.

Decimos pues, que la relación entre el abogado defensor y el Ministerio Fiscal en la investigación debe estar presidida por el respeto a todas las garantías constitucionalmente previstas. Pero respecto al principio de igualdad de armas, corolario de la contradicción, debemos tener en cuenta dos apreciaciones, por un lado que tal principio se relativiza durante la fase de instrucción, como afirma el TC, “por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva la protección del valor constitucional de la justicia”<sup>595</sup> y por otro lado, como contraprestación, que el principio de presunción de inocencia rige con todo su rigor en esta fase inicial del proceso, lo que permite una cierta armonía de posiciones.

Por esos motivos, como certeramente apunta MORA CAPITÁN<sup>596</sup>, esa desigualdad inicial se ve distorsionada y gravemente aumentada si las

---

<sup>594</sup> GIMENO SENDRA, Vicente: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2013, pág. 132.

<sup>595</sup> STC 186/1990, de 15 de Noviembre. RTC 1990\186.

<sup>596</sup> MORA CAPITÁN, Belén: *El modelo de instrucción penal en el sistema español*, Justicia 2003, Revista de Derecho Procesal, pág. 192.

diligencias de investigación adquieren verdadera naturaleza probatoria llegado el juicio oral<sup>597</sup>, porque, no lo olvidemos, son diligencias obtenidas en una fase en la que el principio de igualdad de armas no se encuentra plenamente garantizado, y precisamente esa naturaleza probatoria de las diligencias se produce porque son jueces quienes intervienen en las mismas, los cuales remiten las diligencias (autos) al tribunal sentenciador, lo que puede alterar su ánimo imparcial, cosa que evitaríamos si, primero, los autos no llegaran directamente al tribunal sentenciador (como ocurre en el procedimiento con Tribunal del Jurado) sino sólo lo que las partes hubieran pedido como pruebas, y segundo, si dichas diligencias de investigación no contaran con la intervención directa del Juez sino que fueran llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal, pues ya no sería diligencias jurisdiccionalmente imparciales, sino lo que realmente son, meras diligencias de investigación, con un acceso muy restringido y con determinadas condiciones al juicio oral.

Con ello queremos poner de manifiesto que la posición del defensor durante la fase de investigación respecto a quien formula la acusación es, sin duda, compleja, por un lado para el defensor es importante que exista una figura jurisdiccional e imparcial a quien poder acudir en aras a la

---

<sup>597</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta que la lectura de diligencias de investigación puede tener valor probatorio si se garantizan los derechos de la defensa especialmente la contradicción (Sentencia de 24 de noviembre de 1986, caso «Unterpertinger»), pero reprueba el empleo de la fórmula «por reproducida», por cuanto, aunque se admite incluso por la propia defensa, ello no significa que se renuncie a contradecir los elementos del sumario, en la medida en que la acusación se apoye sobre tales elementos y, en particular, sobre la declaración de un testigo (Sentencia de 6 de diciembre de 1988, caso «Barberá, Messegué y Jabardo»)(TEDH 1988\1).

salvaguardia del derecho de defensa en casos en que éste se vea amenazado durante la investigación, y por otro lado, también es importante y resulta necesario que esa figura jurisdiccional imparcial, ese juez no sea quien directamente dirija la investigación, de forma que dicho órgano no tenga encomendada más que tutela de los derechos que las partes le sometan, bajo contradicción, a su conocimiento.

Por otro lado, el papel del abogado durante esta fase del proceso debe ser siempre activo, e insistimos en ello porque tradicionalmente existen dos fases procesales que los abogados suele *olvidar*, una de ellas es la instrucción y otra la ejecución. En ambas no solo es conveniente la asistencia letrada, sino también absolutamente necesaria. La mayor garantía para la persona sometida al proceso penal es la de un correcto ejercicio del derecho de defensa en todas las fases del proceso, y sobre todo la mejor defensa no es otra que la consigue el sobreseimiento antes de tener que ir a juicio aún obteniendo una sentencia absolutoria.

Y para garantizar este ejercicio es necesario un explícito reconocimiento del estatus de la persona sometida a una investigación penal, de ahí quizá que en la actualidad se preste atención por parte de la sociedad a los derechos de la persona investigada, y de ahí quizás que junto con el Anteproyecto de LECRIM, se aprobara también en la misma fecha por el Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011 el Anteproyecto de Ley Orgánica de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso penal, pretendiendo establecer un marco claro de garantías bajo la salvaguarda de ley orgánica.

De hecho en el Anteproyecto de LECRIM se establece en su art. 31 que “1. En los términos establecidos en la Constitución y en la presente ley

y sin perjuicio de los supuestos en los que esta ley reconoce a la persona contra la que se dirige el procedimiento el derecho a defenderse por sí misma, el derecho de defensa comprende, en todo caso, la designación de un abogado que pueda intervenir en todas las fases del procedimiento. 2. Todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal, y singularmente el Ministerio Fiscal en la fase de investigación, velarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, por la efectividad del derecho de defensa”. Por tanto, se formula una clara interrelación explícita y directa del ejercicio del derecho de defensa con la designación de abogado, e igualmente, y esto es verdaderamente importante, se posiciona al Ministerio Fiscal como garante, sobre todo durante la fase de investigación del proceso penal, del efectivo ejercicio del derecho de defensa. Y aunque esto parezca una obviedad porque está implícito en las obligaciones del Ministerio Fiscal el velar por los derechos de los ciudadanos (art. 124 CE), lo cierto es que supone un plus de garantía si incluso el director de la investigación está obligado por ley a garantizar el derecho de defensa. Se configura así una relación ciertamente especial entre abogado y Ministerio público, pues si bien deben ejercer papeles enfrentados, también está éste obligado a velar porque aquel pueda desplegar con efectividad el efectivo derecho que tiene encomendado.

Finalmente diremos que la posición del acusador popular, privado o particular en la investigación puede ser más fácil de definir en su relación con el Ministerio Fiscal, porque si bien en la práctica no existe identidad de intereses, sí que ambos formulan o instan la acusación como derecho subjetivo de penar del Estado<sup>598</sup>, anteponiendo el interés particular, y ello

---

<sup>598</sup> MUERZA ESPARZA, Julio, en el Manual DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros: *Derecho procesal penal*, Madrid, 2003, pag. 149.



suele redundar en una coexistencia más armónica, de tal forma que debe permitirse su intervención en la investigación en los mismos términos que hemos establecido para el Ministerio Fiscal, de forma que se les permita tanto instar y participar diligencias de investigación, como solicitar medidas cautelares, exceptuando su intervención en caso de secreto de sumario<sup>599</sup>.

## 6. La investigación de partes en nuestro sistema procesal vigente

En nuestro proceso penal no encontramos un modelo homogéneo que caracterice la instrucción. La coexistencia de distintos modelos de instrucción lejos de aportar eficacia, celeridad y seguridad jurídica han venido a constituir un complejo sistema que no se ve justificado de ninguna forma y que tan sólo provoca confusión ante quienes se acercan a la instrucción penal. Porque, ¿qué justifica que la instrucción de ciertos delitos, o de delitos cometidos por menores, o de causas seguidas por el Tribunal del Jurado, tengan una instrucción distinta? A nuestro modo de ver ninguna respuesta coherente puede tener la pregunta planteada. Las divergencias procesales son más fruto de la improvisación legislativa, de la acomodación a necesarias premisas constitucionales marcadas por los Tribunales<sup>600</sup>, que a verdadera técnica legislativa afanada en la constitución de un verdadero sistema procesal, que partiendo de unos principios homogéneos, sienta las bases de una instrucción coherente.

---

<sup>599</sup> En este sentido se pronuncia LOPEZ BARGA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra, 2004, Pág. 787.

<sup>600</sup> La Sentencia del TC 113/1987 supuso una fuerte conmoción en el ámbito procesal, al preconizar la inconstitucionalidad de la confusión de funciones investigadoras y de enjuiciamiento.

Hablar de investigación de parte es hablar de investigación dirigida por el Ministerio Fiscal, y hasta la fecha, tan sólo en la Justicia de menores podemos hablar de investigación el Fiscal. No obstante, tanto las diligencias preliminares de investigación del Ministerio Fiscal, como el modelo instructor formulado para los juicios rápidos podemos hablar de un cambio importante en la instrucción. En el primero porque se otorga al Fiscal una cierta posibilidad de investigar, quizá como preámbulo de futuras reformas, y en el segundo porque es en la policía en la que va a recaer el peso de la investigación, formulando así un nuevo modelo de instrucción.

#### 6.1. Las diligencias preliminares en el procedimiento abreviado

Uno de los primeros intentos del Legislador de acercar al Fiscal a la investigación criminal se produjo con la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de Diciembre, que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una peculiaridad por cuanto venía a crear una investigación preliminar en manos del Ministerio Fiscal, que difería de la regla general establecida para el sumario, en virtud de la cual, el Juez de instrucción era quien dirigía la investigación de los hechos delictivos. No es que se privara al Juez de instrucción de tal competencia, sino que, con ánimo de otorgar mayor celeridad al proceso penal, se venía a configurar un investigación llevada a cabo bajo las órdenes del Ministerio Fiscal que permitiera que la instrucción del juez se acortara, con lo que se suponía se aportaría celeridad a la anquilosada maquinaria judicial penal.

No obstante, como afirma MORA CAPITÁN<sup>601</sup>, es también claro que con la citada reforma se pretendió realizar una suerte de experimento que permitiera observar cómo se comportaría en el Ministerio Fiscal ante un

---

<sup>601</sup> MORA CAPITÁN, Belén: *El modelo de instrucción penal en el sistema español*, Justicia 2003, Revista de Derecho Procesal, pág. 47.

eventual cambio legislativo que le convirtiera en director de la investigación penal. Obviamente la escasez de medios, tanto materiales como humanos, impedía cualquier otra reforma de mayor calado, pero también, no eran pocas las voces que se alzaban contra cualquier reforma que cambiara el sistema de juez instructor instituido por la LECRIM<sup>602</sup>.

Sin embargo, no podemos hablar propiamente de investigación de parte en estas diligencias preliminares en las que el Fiscal tan sólo ostenta la posibilidad de iniciar la investigación, dado que el peso de la instrucción continúa recayendo en el Juez instructor, que será quien continuará decidiendo sobre aquellos aspectos que puedan afectar derechos fundamentales durante la instrucción. Vemos que esta investigación preliminar como práctica procesal puede haber tenido su margen de acierto, en el sentido de permitir a la Fiscalía iniciarse en el marco de la investigación, sin dejar de lado la importancia que las decisiones jurisdiccionales tienen durante este periodo del proceso penal. Pero lo cierto es que en el grueso de los procedimientos abreviados, la investigación preliminar del Ministerio Fiscal ha sido algo anecdótico, sin que se haya convertido en lo habitual, sino todo lo contrario, es algo que pocas veces se ve en la práctica forense.

Debemos plantearnos qué alcance deberán tener las diligencias preliminares, es decir, si una vez comenzada esta investigación por el Fiscal, debe ser exhaustiva hasta su conclusión y remisión al Juez o bien, si cabe una investigación somera y que se concluya en la fase judicial. El problema planteado no es baladí y fue objeto de respuesta por la Fiscalía

---

<sup>602</sup> En este sentido es bastante significativo el libro DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988.

General del Estado en Consulta 2/1995, de 25 de Abril<sup>603</sup>. La citada Consulta afirmaba que “la investigación del Fiscal en nuestro actual sistema procesal no se concibe como una alternativa a la instrucción judicial, sino como una posibilidad previa a la misma que no la sustituye, aunque pueda simplificarla o allanarla. Como se ha escrito, el Fiscal en el ambivalente sistema actual no asume funciones genuinamente instructoras que supongan una suplantación del Instructor. Sus cometidos son más propios de un órgano de recepción, filtro, transmisión e indagación provisoria de denuncias. Sin perjuicio de que esas facultades, adecuadamente usadas, puedan contribuir notablemente a la agilización de la justicia penal”. Observamos pues que el papel del Fiscal en la investigación preliminar no deja de ser un papel de colaborador en la investigación que llevará a cabo el Juez, no es que el Fiscal asuma sin más la investigación y que el Juez se convierta en un Juez de garantías, como quizá hubiera sido una formulación más coherente para la concreción de un sistema procesal penal de nuevo cuño.

El art. 773.2 LECRIM<sup>604</sup> en relación con el art. 5 del EOMF regulan la actuación del Ministerio Fiscal en lo que respecta a su investigación preliminar, estableciéndose tres vías de conocimiento por las que el Fiscal puede iniciar una investigación: por la recepción de una denuncia o de un atestado, y por el conocimiento directo de una *notitia criminis*. En los tres casos el Fiscal vendrá obligado a practicar aquellas “diligencias que estime

---

<sup>603</sup> Consulta 2/1995, de 25 de Abril, Dos cuestiones sobre las diligencias de investigación del Fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad.

<sup>604</sup> La Ley 38/02 de 24 de Octubre, de Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, formuló esta nueva numeración para el anterior art. 785 bis LECRIM, que originariamente introdujo la investigación preliminar del Ministerio Público.

pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes del mismo”.

Lo extravagante del sistema configurado es que se crean dos posibilidades de investigación sin atender a criterio razonable alguno, simplemente porque el Ministerio Fiscal tenga interés en iniciar una investigación, pero a su vez se le veta dicha investigación si el Juez incoa diligencias previas, privando en tal caso al Fiscal de concluir su investigación: “cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos” (art. 773.2 in fine LECRIM). Parece pues que nos encontramos ante un sistema de investigación experimental, que tan sólo parece pretender iniciar al Ministerio Fiscal en la labor de investigación, con lo que lejos de aportar mayor celeridad y garantías al proceso penal, se acaba configurando un verdadero galimatías de procedimientos que poco aportan a los tradicionales problemas de la Justicia penal.

No puede olvidarse que la actividad investigadora del Ministerio Fiscal en esta fase de diligencias preliminares no puede suplantar aquellas actuaciones que requieren por ley la intervención de la autoridad jurisdiccional<sup>605</sup>, lo que implica que si en el curso de su investigación el Fiscal precisara de una autorización judicial tendría que poner ya la instrucción bajo la jurisdicción del Juez de instrucción, pues desde que el Juez de instrucción tenga conocimiento de los hechos el Fiscal deberá cesar en su investigación. Ciertamente ésta es una gran limitación a la investigación del Ministerio Público, dado que son normalmente las investigaciones más complicadas las que conllevan limitaciones de

---

<sup>605</sup> En este sentido MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio: *La instrucción penal*, Madrid, 1999, pág. 242.

derechos fundamentales, siendo estas investigaciones precisamente las que quedan vedadas al Ministerio Público. Obviamente esto ocurre porque no estamos ante un Fiscal investigador propiamente dicho que acuda al Juez en aras a obtener resoluciones que le permitan continuar la investigación, sino que nos encontramos más bien ante un colaborador de la investigación del Juez y como tal debe allanarse a que sea el Juez instructor quien continúe lo que haya comenzado el Fiscal.

Por otra parte debemos clarificar cual es la finalidad de la investigación preliminar. Es admitido que todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal, y por ende, en la propia investigación, deberán “consignar y apreciar las circunstancias, así adversas como favorables al presunto reo”<sup>606</sup>, de ahí precisamente que podamos decir que el Fiscal deberá en su actuación no sólo preparar la formulación de la acusación, sino “ofrecer los elementos suficientes para realizar el denominado juicio de acusación, es decir, para poder decidir si procede la apertura del juicio oral o bien el sobreseimiento de la causa”<sup>607</sup>. Esta visión de la investigación parte de la concepción de que la investigación criminal no busca encontrar un culpable sin más, sino la realización de la Justicia, partiendo de la base igualmente de que el Ministerio Fiscal tiene encomendada constitucionalmente “promover la acción de la Justicia”<sup>608</sup>, y para ello se hace preciso que la práctica de las diligencias se encamine a este fin, de tal forma que se investigue también la posibilidad de que el que aparece como presunto culpable no lo sea.

---

<sup>606</sup> Art.2 LECRIM.

<sup>607</sup> MORA CAPITÁN, Belén: *El modelo de instrucción penal en el sistema español*, Justicia 2003, Revista de Derecho Procesal, pág. 62.

<sup>608</sup> Art. 124 CE.

Lógicamente tal visión, aunque ajustada al marco legal y por ello de obligado cumplimiento a quienes participan activamente en la investigación, se nos antoja simplista. No es que se desconfíe de la investigación que lleve a cabo el Ministerio Fiscal, pero ciertamente el órgano que deberá formular la acusación, acompañado por la Policía Judicial, tenderá a la búsqueda de elementos incriminatorios, aunque sólo sea por una mera cuestión de actitud psicológica frente al trabajo de investigación criminal. Frente a este problema se formula la obligación, como control de esa obligación legal de consignar tanto lo adverso como lo favorable, de que a la defensa se le permita una participación activa en la fase de investigación, de forma que no sería aceptable plantear una investigación que se cerrara con la investigación preliminar del Fiscal sin dar opciones a la defensa de instar las diligencias oportunas en orden al ejercicio del derecho de defensa<sup>609</sup>.

## 6.2. La instrucción en el proceso penal de menores

El art. 6 en relación con el art. 16<sup>610</sup> de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero de Responsabilidad Penal de los Menores reafirmaba un cambio sustancial en lo que al modelo de instrucción se refería. Se encomendó al Ministerio Fiscal la instrucción directa del proceso penal de

---

<sup>609</sup> Es por ello por lo que con acierto afirma MORA CAPITÁN que “las diligencias de prevención de la Policía Judicial o la investigación preliminar del MF harán innecesaria y, en consecuencia, sustituirán la realización de diligencias por parte del Juez de Instrucción, las que pudiera acordar de oficio, cuando tanto éste como la acusación oficial consideren que existen elementos suficientes para la calificación penal de los hechos y siempre dejando a salvo el ejercicio del derecho de defensa del imputado en orden a la proposición de nuevas diligencias de investigación”. MORA CAPITÁN, Belén: *El modelo de instrucción penal en el sistema español*, Justicia 2003, Revista de Derecho Procesal, pág. 56.

<sup>610</sup> Art. 16.1: “Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos a los que se refiere el art. 1 de esta Ley”.

menores, y aunque la anterior Ley Orgánica 4/1992 reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores ya otorgaba la instrucción al Ministerio Fiscal, no dejaba de profundizar en el cambio de concepción operado, si bien en un campo reducido de la aplicación del derecho penal, pues nos encontramos con un modelo acusatorio puro que venía a sustituir concepciones acusatorio formales de gran arraigo en nuestra historia procesal<sup>611</sup>.

Curiosamente la citada Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero de Responsabilidad Penal de los Menores habla de que corresponde al Fiscal la instrucción de estos procedimientos, cosa que no hace el Anteproyecto de LECRIM que habla de director de la investigación oficial. Esta distinción parece no tener importancia, pero como hemos apuntado a lo largo del presente trabajo, no es una distinción baladí, pues nos parece mucho más coherente con la configuración de un nuevo y futuro proceso penal en el que exista una fase de instrucción, hablar de investigación dirigida por el Fiscal bajo un marco de actuación garantizado por el Juez, y ello en vez de hablar simplemente de Fiscal instructor, porque no es esa la esencia de la reforma pendiente. No se trata de sustituir figuras, sino de conseguir que las decisiones jurisdiccionales que se resuelvan en fase de instrucción cuenten con órganos imparciales, absolutamente imparciales.

Obviamente un cambio de este calado conllevó planteamientos sobre la propia naturaleza jurídica de la instrucción del proceso de menores. Y así se planteó que no se podía hablar de proceso en la fase de instrucción, se

---

<sup>611</sup> El sometimiento al principio acusatorio tiene su arraigo legal en la propia Ley de Responsabilidad Penal del Menor en su art. 8 al manifestar que “el juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal”.



alegó que se trataba ésta de una fase administrativa y preprocesal, por lo que el proceso penal de menores propiamente dicho no comenzaría hasta la fase intermedia, cuando el juez de menores otorga trámite de audiencia<sup>612</sup>. Pero a nuestro modo de ver, esta concepción da carta de naturaleza a una limitación del ejercicio del derecho de defensa durante la fase instructora, puesto que no es hasta la incoación del expediente de reforma hasta cuando no se designa abogado (art. 22.1.b LORPM), e incluso, designado éste, tan sólo se le dará vista del expediente (art. 23.2 LORPM), cosa que viene siendo en la práctica forense una auténtica limitación a este derecho, por cuanto dar vista interpretado restrictivamente se aplica como eso mismo: *sólo dar vista*, impidiendo que le letrado tenga acceso real y copia de todo lo instruido.

De ahí, precisamente, que debamos plantear que el proceso penal del menor es eso, un proceso y como tal enmarcado en el ámbito del derecho procesal. No se trata de una mera nomenclatura, pues el carácter procesal de la investigación y de la instrucción del proceso penal de menores permite establecer garantías procesales que permiten la defensa del menor con la salvaguarda de los derechos constitucionalmente reconocidos.

A nuestro modo de ver durante la fase de instrucción (tanto si hablamos de diligencias preliminares, como si hablamos de una vez incoado el expediente de reforma) pueden producirse actuaciones procesales (medidas cautelares, intervenciones en la esfera de derechos fundamentales,...) que requieren de la actuación del órgano jurisdiccional correspondiente, en este caso el Juez de Menores que actuaría de juez de garantías, de forma que no puede hablarse simplemente de fase preprocesal,

---

<sup>612</sup> En este sentido, LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel: *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, Granada, 2002, pág. 71.

pues nos encontraríamos ante un verdadero proceso contradictorio, y por ende necesariamente investido de la notas procesales que caracterizan o deben caracterizar el proceso. En este sentido será necesario no sólo informar de los hechos realizando una imputación formal, sino que además debe exigirse el pleno ejercicio del derecho de defensa<sup>613</sup>. Pero una cosa es quien debe garantizar el derecho de defensa, y ante quién se puede hacer valer, que claramente será el Juez de menores, y otra cosa distinta es que el ejercicio del derecho de defensa esté coartado durante la fase de investigación del Fiscal, que desde luego no es admisible. Y es que además el ejercicio del derecho de defensa debe quedar absolutamente amparado desde el momento en que se produzca cualquier actuación instructora que conlleve la existencia de un proceso, esto es, desde que se produzca cualquier actuación restrictiva de derechos fundamentales que afecte al menor.

No obstante, y pese a todas estas consideraciones no debemos olvidar que ciertamente existen una serie de peculiaridades en el proceso penal de menores que deben ser tenidas en cuenta, ya que el interés del menor prevalece sobre cualquier otra consideración, de tal forma que como dice la exposición de motivos de la propia Ley, los principios generales que la rigen son de “naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad....”, y ello conlleva ciertos matices a la hora de

---

<sup>613</sup> Afirma LOPEZ LOPEZ que “a quien corresponde satisfacer el derecho de audiencia del menor encartado en un procedimiento penal no es a su acusador, sino a quien debe ampararle en el ejercicio de sus derechos, esto es, al Juez de Menores, en cumplimiento de su papel de Juez de garantías constitucionales, como literalmente establece, por otra parte el art. 22.1 d) LO 5/2000”. LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel: *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, Granada, 2002, pág. 29.

extrapolar consideraciones del proceso penal de adultos al de menores, entre otras cosas por el propio fin de la pena del proceso de adultos, que se configura como algo bien distinto, por cuanto, junto al fin rehabilitador y resocializador de las penas, no puede olvidarse el fin meramente intimidatorio y coercitivo. Pese a ello, lo cierto es que los derechos que son predicables para el adulto en el proceso penal deben ser los mismos que tenga el menor entre otras cosas porque así lo ampara la propia Convención Internacional sobre los Derechos del Niño<sup>614</sup> en su artículo 40.2.

Debemos insistir en que no es certera la afirmación de que es el Juez el único que tiene el deber de amparar el ejercicio del derecho de defensa porque lo cierto es que el ejercicio del derecho de defensa es un derecho tan sustancial, tan elemental en su configuración jurídica, que su no aplicación en esta fase instructora implicaría indudablemente indefensión. Tal desventaja del encausado (aunque sea menor) en modo alguno puede quedar amparada por el Ministerio Fiscal, entre cuyas obligaciones, no olvidemos, está la de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos, y entre estos derechos está el derecho de defensa.

En este proceso de menores, y sobre todo en la instrucción, la labor del abogado debe necesariamente estar encauzada a practicar diligencias que exculpen o minimicen la responsabilidad penal del menor. El abogado en el proceso de menores sigue siendo abogado, su labor no es otra que la de ejercer la dirección jurídica del ejercicio del derecho defensa del menor, y no podemos engañarnos pretendiendo que el abogado, conociendo la realidad y necesidades de su defendido se convierta en co-aliado del

---

<sup>614</sup> Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Ministerio Público en aras a aplicar la medida más educativa para el menor. No es esa la función de la defensa, ni el papel que la Ley encomienda al abogado, y no puede aceptarse que una divergencia entre lo que el letrado considere que es lo mejor para el menor y la propia voluntad de éste o de sus representantes, conlleve la preponderancia de la opinión *educadora* del letrado<sup>615</sup>.

Lo cierto es que la propia Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000, nos dice textualmente que “el letrado del menor tiene participación en todas y cada unas de las fases del proceso, conociendo en todo momento el contenido del expediente, pudiendo proponer pruebas e interviniendo en todos los actos que se refieren a la valoración del interés del menor y a la ejecución de la medida, de la que puede solicitar la modificación”. Y así tal participación no debe entenderse orientada exclusivamente a la resocialización y educación del menor, que también, sino, y sobre todo, al ejercicio habitual del sacro derecho de defensa que articulado en la Constitución, no distingue edades para su aplicación.

Otro problema bien distinto de la instrucción del proceso de menores en la que debemos hacer hincapié, por cuanto es un aspecto común cuando la investigación es dirigida desde una posición de parte, es en la posible *contaminación* del Juez de menores cuando, actuando de Juez de garantías, durante la instrucción, se convierte luego en Juez decisor y sentenciador.

---

<sup>615</sup> En sentido contrario a lo afirmado, LOPEZ LOPEZ apunta que “la intervención profesional del Letrado defensor en la instrucción del Expediente de Menores no es completa, pues resulta condicionada por factores psicológicos, derivados de la posible divergencia entre lo que el letrado considere el superior interés del menor y lo que por él entiendan el propio menor o sus representantes legales....” LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel: *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, Granada, 2002, pág. 92.

Pues bien, a nuestro modo de ver el mero hecho de que el Juez de Menores tenga la posibilidad de entrar en contacto con el material instructor al objeto de dictar aquellas resoluciones que por su propia naturaleza están vedadas al Ministerio Fiscal (tales como medidas cautelares, o intromisión en derechos fundamentales, etc) debe ser interpretado como una *contaminación* procesal que lejos de convertirse en una garantía, ensombrece su ulterior sentencia con la duda de la parcialidad, o al menos con la exigible apariencia de imparcialidad.

Entendemos que tal *contaminación* se produce no porque esos actos del Juez de Menores limitativos de derechos puedan ser calificados de actos de investigación, sino porque para dictar una resolución judicial fundamentada se hace preciso, entrar en contacto y proceder a su estudio y valoración del material que forma la instrucción, y ello con anterioridad al juicio, lo que indudablemente creará en el Juez una preconcebida idea del hecho delictivo que tendrá que enjuiciar, lo que merma la garantía del juez imparcial, inherente al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE)<sup>616</sup>.

---

<sup>616</sup> En sentido contrario a lo expuesto se pronunció la Sentencia del TC 60/95, de 17 de Marzo, que afirmó (aunque refiriéndose a la anterior Ley Orgánica 4/92) que “esta impresión de los jueces proponenets acerca de su pérdida de imparcialidad “subjetiva”, se desvanece o no es suficiente para justificar un atentado a la imparcialidad “objetiva”, si se piensa en que tales actos, legalmente vedados al Ministerio Público, no constituyen, en puridad actos de investigación o instructorios, sino que son única y exclusivamente limitativos de los derechos fundamentales (art. 5.2 Ley 50/81 reguladora del Estatuto Orgánico del M<sup>a</sup> Fiscal) o, lo que es lo mismo, se trata de actos puramente jurisdiccionales que la Constitución expresamente reserva a Jueces y Magistrados (arts. 71.2, 18.2 y 3, 20.5, 22.4, 117.3 y 4, 53.2) a quienes les encomienda no sólo la última, sino también la primera palabra, por lo que, en cuanto tales, no poseen una naturaleza policial o instructoria, sino meramente procesal y sometidas, por tanto, a la vigencia, en la medida de lo posible, del principio de contradicción.” (Fundamento Jurídico sexto).

Aunque no sea ésta la opinión, al menos en 1995, del TC, debemos tener también en cuenta que tal planteamiento llevado a la justicia penal de adultos no se sostendría, pues ¿acaso podemos pensar en un proceso penal en el que dirigiendo la investigación el Ministerio Fiscal, sea el Juez de garantías de la instrucción el mismo que dictara sentencia? Si no nos planteamos si quiera esta posibilidad para la Justicia de adultos ¿por qué se viene admitiendo normal para la de menores, cuando también es de sobra conocido que las premisas y garantías del proceso de adultos son aplicables a la Justicia penal de menores?<sup>617</sup>

Terminada la instrucción por el Ministerio Fiscal, se abre una fase permite al Juez de Menores (que actúa de nuevo como Juez de garantías) valorar la procedencia o no de celebrar el correspondiente juicio oral. Este momento tiene especial trascendencia en aras a salvaguardar el derecho de defensa, pues permite posicionar al Ministerio Público frente a la defensa en condiciones de igualdad, pues no olvidemos que, aunque la defensa puede proponer las diligencias de investigación que estime oportunas<sup>618</sup>, ante una denegación por parte del Ministerio Público, no cabe recurso alguno, lo que necesariamente exige que tal solicitud de diligencia o prueba sea reproducible ante la autoridad jurisdiccional. Por tanto, podemos observar cómo los actos de dirección formal del procedimiento contra la persona están atribuidos al Juez de Menores<sup>619</sup>, lo que evidencia una clara distinción entre actos de instrucción que implican decisiones de orden

---

<sup>617</sup> El art. 40.2 b) iii) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989 impone el derecho a un juez imparcial en todo juicio instado frente a un menor.

<sup>618</sup> Art. 26 LORPM.

<sup>619</sup> En este sentido MARTÍN CARO SÁNCHEZ, José Antonio: El Fiscal y la instrucción en el proceso de menores, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, 1998, “La investigación del Fiscal”, Madrid, pág 59.

jurisdiccional y actos de investigación, siendo éstos los que tiene encomendado el Ministerio Fiscal.

No podemos concluir este apartado sin hacer mención del principio de oportunidad reglada que ha inspirado el proceso de menores. Para empezar debemos señalar que nuestra Norma Fundamental superior se muestra reacia a la admisión sin más de tal principio de oportunidad en lo que a la actuación del Ministerio Fiscal se refiere, pues el propio art. 124 CE mantiene la absoluta vigencia del principio de legalidad, lo que en teoría y por definición excluye la aplicación del principio de oportunidad. Para salvar este escollo<sup>620</sup>, se habla de *oportunidad reglada*, “para hacer referencia al hechos de que las propias normas positivas establezcan un ámbito determinado en el que puede operar el principio de oportunidad, o sometan su virtualidad a determinados presupuestos, requisitos o condicione”<sup>621</sup>. En realidad no es propiamente aplicación de criterios de oportunidad lo que impera en la Justicia de menores pues precisamente “lo que se regula es, pues, bien un círculo o ámbito objetivo dentro del cual cabe que se formulen y sean eficaces los juicios de oportunidad –por ejemplo: cuando se trate de hechos de apariencia delictiva para los que esté prevista, en principio, pena que no supere un año de privación de libertad-, bien unos requisitos o presupuestos diferentes, como que el perjudicado por

---

<sup>620</sup> No podemos olvidar que es la propia Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, la que en su art. 40 nos dice que “*siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a los niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y garantías legales*”. Por tanto se recoge la necesidad de aplicar criterios de oportunidad en la Justicia de menores, siendo así que dado que dicha Convención es parte de nuestro ordenamiento jurídico, se hace necesaria una aplicación armónica entre el art. 124 CE y dicho artículo, y en tal sentido, lo más coherente es hablar de oportunidad reglada.

<sup>621</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros: *Derecho procesal penal*, Madrid, 2003, pág. 44.

el delito sea satisfactoriamente indemnizado de los daños y perjuicios causados por la conducta delictiva o que los responsables del delito no sean reincidentes, etc”<sup>622</sup>.

Pues bien, son dos los artículos de la L.O. 5/2000 los que introducen el principio de oportunidad reglada en la justicia de menores. Los arts. 18 y 19 recogen por un lado la posibilidad de que el Fiscal se desista de la incoación en casos de delitos menos graves y bajo una serie de premisas, y por otro se prevé el sobreseimiento del expediente en casos conciliación o reparación entre el menor y la víctima. Son dos paciones lógicas en la Justicia de menores que tratar de paliar los efectos negativos que el propio proceso y las medidas pueden tener en el desarrollo del menor, y que en suma se entienden justificadas por meros criterios de aplicación de Justicia material.

### 6.3. ¿La no instrucción de los llamados juicios rápidos?

Lo primero que debemos plantearnos en este apartado es si podemos hablar o no de instrucción propiamente dicha en los llamados juicios rápidos que vino a introducir la Ley 38 /2002, de 24 de Mayo. Así, si, como tuvimos ocasión de estudiar, la instrucción está concebida como una fase del proceso en la que no sólo se lleva a cabo la investigación criminal, sino que además en ella se toman decisiones de carácter jurisdiccional que afectan derechos fundamentales, bien en orden a la propia investigación, bien como garantía o medida cautelar necesaria para el buen fin de la investigación, es lo cierto que resulta difícil hablar de instrucción propiamente dicha en los juicios rápidos, en los que básicamente todo se reduce a una investigación policial.

---

<sup>622</sup> *Ibidem*.



Pues bien el Legislador ha concebido para los juicios rápidos un sistema algo diferente. La intervención de la Policía Judicial y del Ministerio Fiscal se hace más intensa, de tal forma que si una vez remitidas las actuaciones al Juzgado de guardia se estima necesaria la práctica de nuevas diligencias se cambiará de procedimiento, acudiendo a las diligencias previas, normalmente, o en su caso al sumario, al juicio de faltas, al proceso contra menores o al tribunal con jurado, potestad que queda en ya en manos del Juez de instrucción.

Pero la investigación propiamente dicha en los juicios rápidos queda en manos de la Policía Judicial, cosa que pone de manifiesto el propio art. 795 LECRIM, que nos dice que para iniciar este tipo de proceso se hace necesaria la incoación de atestado por parte de la policía judicial, la cual, por tanto, acaba teniendo en sus manos el que se adopte o no este nuevo proceso, al menos en lo que respecta a su incoación, pues como hemos dicho será el Juez de instrucción quien en última instancia tendrá que aceptar o no la continuación o no de las actuaciones por el cauce del juicio rápido. Pues bien, sin entrar en los delitos que pueden caer bajo el ámbito del juicio rápido<sup>623</sup>, la actuación encomendada a la Policía judicial viene desarrollada por el art. 796 LECRIM que establece su nuevo marco de actuación<sup>624</sup>.

---

<sup>623</sup> Art. 795 LECRIM.

<sup>624</sup> Como afirma MIRANDA ESTRAMPES “la nueva reforma ha diseñado en el ámbito del procedimiento de urgencia un espacio de preinstrucción policial, caracterizado por la ausencia de control judicial inmediato, encomendando a la Policía Judicial la realización de determinadas actuaciones de significación procesal (SOTO NIETO) que tradicionalmente estaban encomendadas a los órganos jurisdiccionales, ampliando de esta forma las facultades que se le venían encomendando en nuestra legislación procesal penal”. MIRANDAS ESTRAMPES, Manuel, en el

Pero la crítica a este nuevo proceso no está en este aumento de facultades investigadoras de la Policía Judicial, que lejos de ser un inconveniente, se formula como un modo de otorgar celeridad al proceso penal, que tan necesitado está de la misma. El problema radica en que esa investigación policial se realiza sin control judicial, ni del Ministerio Fiscal, y aunque se trate de una investigación mínima, no hubiera estado de más establecer un cauce fluido de comunicación-control entre la Policía Judicial y el Ministerio Fiscal. Y decimos esto porque si se hubiera sometido al control judicial, nos hubiéramos encontrado en la práctica en la misma situación de las diligencias previas, siendo inviable la configuración de un proceso más rápido. Pero si por el contrario se hubiera configurado una investigación policial dirigida o controlada por el Ministerio Fiscal, aunque deseable desde un punto de vista de garantías procesales, es lo cierto que el sistema de juicios rápidos que se pretendía implantar hubiera estado abocado al fracaso, y es que con la plantilla actual de Fiscales, simplemente hubiera resultado imposible.

En los citados juicios rápidos la LECRIM ha venido a definir el papel de cada una de los intervinientes en la instrucción. El 796 LECRIM enumera las funciones de la Policía Judicial. Se tratan de funciones de investigación (solicitar copia de informes médicos, remisión a los institutos de investigación correspondientes de los objetos aprehendidos, realización de controles de alcoholemia, solicitud de periciales) pero también de funciones de colaboración con el Juzgado de instrucción, pues se encarga de llevar a cabo las citaciones para que testigos e imputados se personen

---

manual SAIZ ARNAIZ, Alejandro, y otros: *La reforma del proceso penal*, Barcelona, 2003, pág. 490.

ante el Juzgado de guardia, para lo cual el Consejo General del Poder Judicial establecerá los cauces necesarios de colaboración (art. 796.2 LECRIM).

Posteriormente y una vez remitido por la Policía Judicial el atestado, objetos e instrumentos, deberá completar la investigación, momento a partir del cual puede hablarse de investigación judicial, si bien “con la participación activa del Ministerio Fiscal”<sup>625</sup>, pues al parecer se ha querido otorgar un lugar distinto, de mayor peso en la instigación, al Ministerio Fiscal, que por otra parte, se ve muy limitado en medios para llevar a cabo una serie de funciones de investigación que debieran habérsele encomendado.

Pues bien, el art. 797 nos señala las diligencias a practicar por el Juzgado de guardia, pero sin fijar un *numerus clausus*, sino que muy al contrario, pues nos dice que “sin perjuicio de las demás funciones que tiene encomendadas, practicará, cuando resulten pertinentes, las siguientes diligencias”. Por tanto, el Juez de instrucción continúa teniendo las mismas prerrogativas de siempre, pero en aras a la continuación del juicio rápido la Ley ha venido a fijar un contenido mínimo de las diligencias judiciales. Entre las citadas diligencias encontramos recabar la hoja de antecedentes penales, informes periciales, forenses o tasaciones, declaración del imputado o detenido y testigos, reconocimiento en rueda y careos. Y finalmente fija la práctica de la prueba anticipada<sup>626</sup> de declaración de testigos o víctimas, cuando resulte previsible su imposibilidad de comparecer a juicio. La práctica de esta prueba queda condicionada a se practique con contradicción, se grabe o se documente por el Secretario

---

<sup>625</sup> Art. 797.1 LECRIM.

<sup>626</sup> Art. 797.2 LECRIM.

Judicial, y que finalmente se solicite su reproducción en el juicio oral conforme al art. 730 LECRIM. Esta prueba anticipada es, sin duda, un acto puramente instructorio por cuanto ineludiblemente necesita de un órgano jurisdiccional para llevarse a cabo, de tal forma que se vele tanto por su correcta documentación, así como por el escrupuloso respeto del principio de contradicción que debe velar la práctica de dicha prueba.

Por tanto, no podemos decir que en los juicios rápidos no exista una instrucción propiamente dicha, lo que ocurre es que dada la naturaleza de los delitos, que precisan de una escasa investigación, la instrucción se puede ver muy reducida, incluso puede llegarse a que se limite a la declaración del imputado y de algún testigo, pero esa limitada instrucción, no deja de ser tal. No obstante, formalmente sí que en ocasiones podemos observar cómo la viciada práctica forense lleva al absurdo la propia instrucción hasta el punto de hacer dudar de su propia existencia. Si una vez recibido el atestado en el Juzgado, la declaración del imputado o testigo se lleva a cabo ante el funcionario de turno, sin presencia judicial, limitándose a ratificar lo ya declarado ante la Policía Judicial, ¿estaríamos ante una instrucción propiamente dicha? Probablemente no, pero estas fórmulas inadmisibles desde un punto de vista procesal, son más fruto de la falta de medios de la oficinas judiciales que de un deseo de eliminar la instrucción.

Así, asumido que el juicio rápido, aun precedido por una investigación policial, contiene actos instructorios, debemos preguntarnos por la posibilidad legalmente prevista de que los Jueces de instrucción dicten sentencias de conformidad<sup>627</sup>, siendo así que el juez que instruye es quien a su vez dicta sentencia. No cabe duda de la trascendencia de esta

---

<sup>627</sup> Art. 801 LECRIM.

reforma operada por la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre<sup>628</sup>, pues esta sentencia de conformidad dictada por el Juez de instrucción es, cuando menos de difícil encaje en nuestro sistema procesal penal, habiéndose incluso afirmado que rompe “todas las estructuras de nuestros procesos penales, hasta la fecha”<sup>629</sup>. La importancia del tema radica precisamente en la importancia del principio de imparcialidad judicial que puede verse afectado desde el momento en el que el Juez de que ha instruido, aunque sea de forma mínima, dicta sentencia, aunque sea de conformidad, porque a la postre el Juez lo que hará será un control de la conformidad prestada, como afirma la propia LECRIM<sup>630</sup>.

Pero, ¿en qué consiste esa función de control de la conformidad que lleva a cabo el Juez de guardia que a su vez es Juez de instrucción? El art. 801.2 LECRIM se remite al art. 787 del mismo texto legal, por lo que podemos afirmar que el Juez tiene la posibilidad de verificar que la calificación aceptada es correcta y la pena es procedente. Así cuando el Juez inste a la acusación a cambiar su calificación o pena por entenderla incorrecta y no fuere atendido tal requerimiento, el Juez podrá decidir que se continúe el juicio, no dictando en tal caso sentencia de conformidad. Igualmente si el Juez alberga dudas sobre si el acusado ha prestado

---

<sup>628</sup> No olvidemos que dado que con esta nueva facultad que se confería a los jueces de instrucción, ampliando sus competencias para poder dictar sentencias de conformidad, más allá de lo que marcaba la LOPJ, hizo necesaria la tramitación de este artículo como Ley Orgánica. Curiosamente no se reformó el art. 14 LECRIM, que debió también reformarse en aras a otorgar la competencia que comentamos al juez de instrucción.

<sup>629</sup> ALVAREZ ALARCÓN, Arturo, en la monografía PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús y otros: *Las reformas del procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas*. Granada, 2003, pág. 273.

<sup>630</sup> Art. 801.2 LECRIM.

libremente su conformidad o porque, aunque la haya prestado, su defensor considere necesaria la celebración de juicio, podrá acordar su continuación.

Obviamente se ha articulado este sistema de conformidad en aras de la celeridad, para evitar un sistema procesal penal que en muchas ocasiones abocaba la investigación policial al fracaso por el colapso de la Justicia. El problema es que el modelo de seguido ha sido el “plea-bargainig”<sup>631</sup>, extrapolando una institución del derecho norteamericano sin tener en cuenta que en EE.UU. no existe Juez de Instrucción, siendo ésta cometido del Ministerio Fiscal, lo que supone dejar libre las manos del Juez de garantías para controlar esa conformidad entre la defensa y el Fiscal.

Ponderar celeridad y garantías procesales es, sin duda, la cuestión más controvertida que se trasluce en el nuevo sistema de conformidad. En este sentido debemos recordar la Sentencia del TC de 12 de Julio de 1988<sup>632</sup>, que motivó la configuración del procedimiento abreviado y que sentó el principio de que quien instruye no puede fallar, por vulnerarse el principio a un juez imparcial. Y de ahí, que debamos preguntarnos si ejercer esa función que la LECRIM encomienda al Juez de instrucción de control de la conformidad, esto es, dictar sentencias de conformidad, es fallar o no. Indudablemente desde un punto de vista semántico, fallar es dictar sentencia, sin más, sin entrar en si controlar la legalidad de la conformidad es o no dictar sentencia. Pero la duda surge al intentar esclarecer si ese control de legalidad sin entrar a conocer el fondo del asunto, supone una actividad de enjuiciamiento que puede llevar a la vulneración del derecho al juez imparcial.

---

<sup>631</sup> Es el popular sistema de conformidad imperante en EE.UU. que ha sido introducido en numerosos ordenamientos europeos.

<sup>632</sup> STC 145/1988, de 12 de Julio.

Desde luego a nuestro entender el sistema de conformidad arbitrado por la L.O. 8/2002 no obedece a la idea de configurar un sistema lo más coherente posible, pues se estableció esta posibilidad de que el Juez de instrucción dictara estas sentencias, cómo única solución posible en aras de la celeridad, y luego se pretendió defender la tesis de que en modo alguno se vulneraba el principio de imparcialidad por simplemente llevar a cabo un control de la conformidad, al ser éste el único contenido de la sentencia. Pero lo que trasluce esta polémica no es más que la dificultad que entraña el atraer a nuestro proceso penal instituciones de índole puramente acusatorio, cual es el instituto de la conformidad, y mantener nuestro tradicional sistema acusatorio formal, en el que la figura del Juez de instrucción, sigue siendo quien asume la dirección de la investigación.

Por este motivo, entendemos que no es que establecer posibilidades de conformidad suponga, sin más, pérdida de garantías procesales, y deba ser rechazado, sino que el problema radica en la figura del instructor, que mientras que sea el Juez de instrucción, siendo además quien dirija la investigación (pese al aumento de competencias que en los juicios rápidos se da a la Policía Judicial), difícilmente podremos arbitrar un sistema de conformidad en el que el este mismo Juez sea quien, controlando la legalidad, dicte sentencia de conformidad, pues la sombra de la parcialidad estará siempre presente, y esa duda sobre la imparcialidad de quien ha de dictar sentencia, es, cuando menos, algo incómoda para quien ha de juzgar, y desde luego perjudicial para el propio Estado de Derecho<sup>633</sup>. De ahí, que

---

<sup>633</sup> En este sentido, la citada Sentencia del TC de 12 de Julio de 1988 apuntaba que se produce vulneración de la imparcialidad al instruir “en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores

MAGRO SERVET afirme que los actos instructorios que determinan la pérdida de la imparcialidad son prácticamente todos en los que interviene el juez<sup>634</sup>.

Así, como decíamos parece necesario mantener el sistema configurado de conformidades, digamos *acelerada* en aras de una justicia más rápida y eficaz, pero igualmente se hace necesario un cambio en la instrucción, de forma que el Juez que dicte la sentencia de conformidad quede fuera de la instrucción, y sea otro órgano quien se encargue de la dirección de la investigación. Incluso diríamos más, si pensamos en un juez de garantías que durante la instrucción sea quien acuerde medidas cautelares u otros actor puramente instructorios, que afecten derechos

---

deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso «De Cubber», de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso «Piersack», de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que puedan temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados”.

Es también significativa al respecto la Sentencia del TC de 22 de Marzo de 2004, que vino a declarar que la decisión de dejar sin efecto un sobreseimiento o archivo invalida a quien la toma para posteriormente enjuiciar, y ello porque se realizan valoraciones sobre la responsabilidad penal, lo cual supone una anticipación de un posible fallo.

<sup>634</sup> “Los señalados en el art. 299 LECRIM, esto es, los que implican haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio e implican investigación directa de los hechos, oír la declaración del detenido ya que puede provocar una primera impresión sobre su culpabilidad, decidir sobre su situación personal, lo que exige una valoración indiciaria de su culpabilidad, decidir sobre la denuncia y la querella, la celebración anticipada de pruebas que no puedan realizarse en el juicio oral, y todas las que además, pueden realizarse de oficio”. MAGRO SERVET, Vicente: *La imparcialidad judicial*, La Ley Penal, Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, nº 7, año 1, Julio-Agosto 2004, pág. 96.



fundamentales, debemos tener en cuenta que esa actuación le podría igualmente invalidar como juez para dictar sentencias de conformidad, por cuanto al entrar en contacto directo con los hechos para dictar la resolución procedente durante la instrucción, conllevaría una valoración jurídica de los hechos que haría mella en su imparcialidad de cara al dictado de una sentencia<sup>635</sup>.

En sentido el Anteproyecto de LECRIM articula una conformidad bajo la competencia del “tribunal de instancia de la circunscripción en que el delito e haya cometido”<sup>636</sup>, denominándolo específicamente como Juez de la Conformidad, y estableciendo una clara diferencia entre el Juez de garantía que vela por los derechos del imputad durante la instrucción.

Opina con acierto GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO que el hecho de que el Juez de instrucción pueda dictar sentencia de conformidad podría conculcar la propia Constitución, pues “se puede aducir que la ley asigna al órgano judicial al que se pide que dicte una sentencia de conformidad un control jurídico que no es meramente formal, y que la realización de labores instructoras podría predisponerle en relación con la culpabilidad del acusado hasta el punto de no realizar dicho control con la necesaria neutralidad”<sup>637</sup>. Apunta dicho autor que la mera declaración del

---

<sup>635</sup> Afirma MORA CAPITÁN que “la imparcialidad del Juez de instrucción queda en entredicho desde el momento en que en él se concentra la competencia tanto para la realización de los actos de investigación cuanto para el control de su legalidad, lo que adquiere especial relevancia cuando se trata de medidas que suponen restricción de derechos fundamentales”. MORA CAPITÁN, Belén: *El modelo de instrucción penal en el sistema español*, Justicia 2003, Revista de Derecho Procesal, pág. 167.

<sup>636</sup> Art. 142 Anteproyecto de LECRIM.

<sup>637</sup> GONZALEZ CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *La conformidad en el proceso abreviado y en el llamado <<juicio rápido>>*, Diario La Ley nº 5895, Martes, 18 de Noviembre de 2003.

imputado ante el juez “le contamina” y por tanto le invalidaría para el dictado de la sentencia.

Pero es que además debemos añadir un caso particular en el que tras desarrollarse una completa instrucción por parte del Juez de instrucción es viable que este dicte sentencia de conformidad. El art. 779.5 LECRIM permite que si durante la tramitación de unas diligencias previas el imputado reconociera los hechos en presencia judicial (y se estuviera dentro de los límites del art. 801 LECRIM) se convocará al Fiscal al objeto de que formule escrito de acusación de conformidad con el acusado. Obviamente en tal caso el Juez ha llevado a cabo una autentica instrucción. No sería una instrucción, digamos, desdibujada como puede ser la que lleva a cabo en las diligencias urgentes, sino una autentica instrucción, y en tal caso la pérdida de imparcialidad del Juez de instrucción es más acentuada incluso, y a nuestro entender hace caer sobre él el peso de la duda sobre su imparcialidad.

Por tanto, la sentencia de conformidad ha de dictarse por un órgano imparcial dado que precisan examinar los requisitos formales y materiales del acuerdo que las partes plantean, y a nuestro entender parece razonable entender que el Juez instructor, en su cualidad de tal, pierde la imparcialidad necesaria y exigible para dictar sentencias de conformidad<sup>638</sup>.

---

<sup>638</sup> El TC en Sentencia de 17 de Marzo de 1995, nº 60/1995 dice claramente que “Al constituir las «Sentencias de conformidad» resoluciones de fondo que producen la totalidad de los efectos materiales de la cosa juzgada, es claro que han de dictarse por un órgano jurisdiccional dotado de absoluta independencia e imparcialidad (y de aquí que el art. 789.5.ª de la LECrim haya desligado del Juez de Instrucción y otorgado al de lo Penal la competencia para conocer de la conformidad). Hace bien, por tanto, el referido Juez de Menores en plantearnos la cuestión de inconstitucionalidad, si entiende que, como consecuencia de haber efectuado funciones instructoras, ha perdido la imparcialidad necesaria para entender de la conformidad, en la que, por

Así, afirma FUENTES DEVESA<sup>639</sup> que dado que el juez no es un mero autómatas que valida la conformidad acordada por las partes no puede aceptarse como correcto que sea el propio Juez de instrucción quien dicte estas sentencias de conformidad, porque sencillamente su imparcialidad queda en entredicho. Por ello, entendemos que el problema no radica en que el Juez de instrucción dicte sentencias de conformidad, lo cual desde un punto de vista práctico y operativo tiene su lógica, sino que radica en que el Juez que va a dictar sentencia realmente lleve a cabo labores instructoras y como tal se autoinvalida para posteriormente realizar con plenas garantías el control sobre la conformidad, por cuanto para ello se exige una imparcialidad alejada de todo atisbo de duda<sup>640</sup>.

No obstante, LLARENA CONDE realiza ciertas matizaciones. Aun partiendo de que la instrucción puede provocar prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que inhabilitan para enjuiciar, viene a afirmar que en las sentencias de conformidad no se realiza función enjuiciadora alguna y por tanto faltaría uno de los elementos sobre los que podría basarse la inconstitucionalidad del precepto (art. 801 LCERIM). Así, aunque dicho

---

lo demás, como afirma el Juez proponente, no puede operar como un «autómata», sino, antes al contrario, ha de examinar la concurrencia de los requisitos, formales y materiales, que condicionan la validez de este medio anormal de finalización del procedimiento penal”.

<sup>639</sup> FUENTES DEVESA, Rafael: *Las sentencias de conformidad dictadas por el Juez de Guardia*. Diario La Ley nº 5794, Martes, 3 de Junio de 2003.

<sup>640</sup> En este sentido afirma LOPEZ BARGA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra, 2004, que “el actual juez de Instrucción no sólo tiene competencias instructoras sino también juzgadoras respecto a delitos (no sólo con relación a las faltas). Vuelve a producirse una fusión de funciones, con los problemas que esto conlleva. No quiere decirse que no sean posibles juicios rápidos con conformidades inmediatas controladas por un Juez, sino que este sistema debe ir unido a un Fiscal investigador y, sin embargo, en la actual regulación el legislador no se ha atrevido a dar el paso de otorgar competencias instructoras plenas al Ministerio Fiscal”.

autor acepta que pueda existir pérdida de imparcialidad objetiva no la considera incompatible con la función de “analizar si la anuencia del acusado con la pretensión de la acusación descansa en un consentimiento informado y libremente emitido”, aunque sí la considera incompatible cuando el “juez haya de supervisar si los hechos son o no constitutivos de infracción penal o si existen o no indicios de criminalidad en el acusado o pueden apreciarse en él circunstancias excluyentes de su responsabilidad”. Pues bien pese a todo concluye dicho autor apuntando que “parece pues que este control por el Juzgador de la calificación o punición es una exigencia de mera legalidad ordinaria, siendo por tanto perfectamente admisible que se introduzca o excluya sin aflicción del derecho a un juicio con todas las garantías”<sup>641</sup>.

Pese a lo apuntado, no se comparte por pura lógica ordinaria, y con independencia de la probable vulneración del derecho a un juez imparcial, que el juez que dicta sentencia de conformidad sea el mismo que haya instruido la causa. A nuestro entender lo que tales comentarios reflejan no es más que una inconsistente definición de los distintos papeles que en el sistema procesal debe asumir cada uno de los órganos que interviene en el mismo, y así lo lógico sería configurar un sistema mucho más coherente en general, sin que se solapen funciones, y sobre todo en los que la duda de la imparcialidad no tenga que estar presente en cada precepto, obligando a interpretaciones doctrinales más o menos acertada en busca de la propia salvaguardia del sistema.

TOME GARCÍA, aunque partiendo de similares premisas a las planteadas en relación a la duda sobre la vulneración del derecho a la

---

<sup>641</sup> LLARENA CONDE, Pablo en el manual SAIZ ARNAIZ, Alejandro, y otros: *La reforma del proceso penal*, Barcelona, 2003, pág. 535-537.

imparcialidad del juez sentenciador, afirma que “dicha duda sólo podrá resuelta en un sentido u otro analizando cada caso concreto”<sup>642</sup>. Pero aunque ello sea así, no parece acertado plantear un modelo procesal en estos términos si esa duda sobre la imparcialidad planea sobre la base misma del juzgador. Lo lógico es que ni tan si quiera deba plantearse esa duda en el caso concreto, y ello, desde luego, nos obliga a pensar en que la única solución pasa por un cambio legislativo que o bien definitivamente separe la dirección de la instrucción de los órganos jurisdiccionales, o bien sean otros jueces y no los instructores los que dicten las sentencias de conformidad.

Por otra parte, y centrándonos ahora en las consecuencias de las consecuencias de la sentencia de conformidad prestada ante el Juez de instrucción debemos llamar la atención de que tal conformidad podría ser calificada de privilegiada respecto a las prestadas en otros procedimientos, por cuanto permite la reducción de la pena acordada en un tercio (art. 801.2 LECRIM). Pero, ¿qué justifica tal premio al condenado? A nuestro entender tan sólo se justifica si partimos de que el legislador sólo ha pretendido premiar a quienes evitan a la Justicia los costosos recursos y la duración de un proceso, es decir, razones exclusivas de orden material, y desde luego a nuestro entender ello no justifica tal reducción, porque entre otras cosas se produce un agravio comparativo con respecto a quienes llegan a una conformidad ante cualquier órgano jurisdiccional que no sea el juez de guardia, pues en tales casos no será aplicable dicha reducción de pena.

Así, curiosamente, nos dice la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2003, de 7 de Abril, que “ha de permitirse la aplicación analógica

---

<sup>642</sup> TOME GARCÍA, José Antonio, en el manual DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros: *Derecho procesal penal*, Madrid, 2003, pág. 725.

de esa rebaja de penalidad al Juez de lo Penal cuando el truncamiento de la sentencia de conformidad por parte del Juez de Instrucción sólo vino motivado por el rechazo de un tercero responsable civil”<sup>643</sup>. Pero por qué no admitir dicha reducción también sea quien sea el órgano jurisdiccional ante quien se acuerde la conformidad. Desde luego desde un punto de vista de penalidad hubiera sido la solución más acertada, pues, como decimos no se justifica, que sólo se aplique dicha reducción cuando la conformidad sea prestada ante el juez de guardia.

---

<sup>643</sup> Circular 1/2003, de 7 de Abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado. Fiscalía General del Estado.

## **CONCLUSIONES**

I. Si hay una clara conclusión que podemos extraer tras la realización del presente estudio es sin duda la absoluta necesidad de configurar un nuevo sistema procesal penal que, superando antiguas concepciones, posicione a cada una de las instituciones que intervienen en el mismo en un lugar que permita una absoluta y rotunda imparcialidad de los órganos jurisdiccionales y a su vez un ejercicio sin cortapisas del derecho de defensa. Estas son a nuestro modo de ver las cuestiones transcendentales en lo que a la instrucción se refiere de cara a futuras reformas procesales.

Nuestro proceso penal dimanante de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.882 está simplemente obsoleto. No basta el sin fin de reformas legislativas que han ido modificando dicha norma a lo largo de los últimos años, ni la readaptación a la Constitución y normas internacionales que se han ido haciendo, pues lejos de solucionar los eternos problemas de la Justicia, lo que han ido configurando es un proceso penal heterogéneo, que no propicia una justa Administración de Justicia. Afortunadamente esta necesidad de formular un nuevo proceso penal y una Ley de Enjuiciamiento Criminal de la Democracia parece haber calado en el legislador y más pronto que tarde tendremos una nueva Ley más moderna, más ágil y con una visión adaptada a la nueva realidad social.

II. La salvaguarda del derecho de defensa constituye un pilar básico en un Estado de Derecho. Es necesario que la futura reforma del proceso penal prevea un estatus jurídico adecuado para el ejercicio de tal derecho. Deben articularse los medios para que los abogados en el ejercicio de sus funciones puedan instar diligencias de investigación ante el propio Fiscal y que a su vez

puedan recurrir ante el juez la decisión de aquél de no llevarlas a cabo. Es necesario también que el ejercicio del derecho de defensa esté previsto desde la primera diligencia o incluso antes de su práctica. Es tan primordial que el investigado esté en todo momento asesorado por su abogado que cualquier menoscabo a este derecho debe conllevar la nulidad de lo actuado. No es posible pensar en una instrucción orquestada bajo premisas del principio acusatorio en el que la defensa no adquiera una posición de libertad en el ejercicio de su función.

III. La determinación del papel institucional que asuma cada una de los que intervengan en el futuro proceso penal es sin duda clave para la formulación del nuevo modelo, y en este sentido es necesario reformular este papel de cada órgano durante la instrucción. Así, es claro y no se discute hoy en día la trascendencia del juicio oral como colofón al proceso penal, las garantías constitucionales están salvaguardadas en el juicio oral, no obstante, cuando nos trasladamos a la instrucción, y tal y como hemos podido comprobar, los déficits son enormes y se hace necesaria una nueva configuración.

Y en este ámbito, nos queda claro que la pregunta para solventar esta cuestión no es quién debe instruir el nuevo proceso penal, sino cómo podemos dotar a los órganos jurisdiccionales que intervienen durante de la instrucción de una absoluta imparcialidad, y por qué no, de una apariencia de imparcialidad, de la que con el modelo actual carece, y por otro lado, cómo podemos asegurar el ejercicio del derecho de defensa sin menoscabo de los derechos del investigado. El Juez de instrucción, tal y como hoy en día lo conocemos en nuestro proceso penal, debe cambiar de funciones si queremos alejar la sombra de la parcialidad de sus decisiones durante la instrucción, y esto sólo podemos conseguirlo desvinculando la investigación criminal de su



trabajo. Y decimos de la investigación no de la instrucción porque no podemos concebir un proceso penal garantista sin la intervención necesaria del órgano jurisdiccional.

IV. Precisamente por eso creemos estéril y poco productiva la tradicional dicotomía doctrinal entre quienes abogan por mantener el Juez instructor y quienes abogan por el Fiscal instructor. Este no debe ser el debate. Creemos incluso que calificar al Fiscal como instructor no es ni tan si quiera acertado. No se trata de sustituir figuras. De hecho si así se hiciera nos veríamos necesariamente abocados a un proceso penal falto de garantías y poco acorde a los postulados constitucionales. Se trata en suma de configurar legalmente la figura del instructor penal, desligando aquellas funciones propiamente investigadoras de aquellas que requieren una decisión jurisdiccional.

Evidentemente, tal configuración pasa necesariamente porque el Fiscal asuma la dirección de la investigación penal, pero ello no debe plantearse con la simpleza de un mero cambio de figuras en la instrucción, pues este planteamiento sería no solo peligroso, sino también ineficaz de cara a la agilización del proceso penal.

V. Como decimos, la principal virtualidad de esta propuesta es, a nuestro modo de ver, la salvaguarda de la imparcialidad del Juez que intervendría en la instrucción. Su posición sería más cómoda, menos forzada y le permitiría tomar decisiones alejadas de toda duda de parcialidad. Si el Juez no participa en la investigación sus decisiones serán siempre más objetivas, más justas, y por tanto más respetuosas con los derechos fundamentales. Si la instrucción se caracteriza por algo es por la trascendencia de las decisiones que se toman durante la misma y que afectan o restringen derechos fundamentales sin que haya habido todavía un juicio, y por ello resulta tan

importante que la imparcialidad del órgano jurisdiccional quede lejos de toda duda. Si nos parece evidente que la imparcialidad de tribunal sentenciador es algo inherente a la Justicia, ¿por qué somos tan laxos a la hora de valorar la imparcialidad de nuestro juez de instrucción?

Entendemos que a mayor imparcialidad del juez durante la instrucción, mayores garantías tendrá el investigado de cara a ejercer sin cortapisas el derecho de defensa en esta fase procesal, porque quien efectivamente lo garantiza es precisamente el Juez. Esta vinculación entre imparcialidad y ejercicio del derecho de defensa es lo que vemos realmente importante en la nueva configuración de la instrucción, más incluso de la decisión de quien sea el que finalmente asuma la dirección de la investigación criminal.

VI. Lógicamente este posicionamiento pasa, como hemos apuntado, por configurar un proceso penal en el que la dirección de la investigación criminal recaiga sobre el Ministerio Fiscal, de tal forma que el Juez libre ya de esta contaminación, queda facultado para dictar cuantas resoluciones sean necesarias durante la instrucción, libre ya de toda sospecha de parcialidad. Para ello se hace necesario dotar de mayor independencia al Fiscal, porque quizá la crítica más clara a este nuevo papel es, sin duda, la tradicional vinculación del Fiscal con el Gobierno. Y no es que las últimas reformas no hayan servido de nada. Ciertamente el nivel de independencia del Ministerio Fiscal respecto del Ejecutivo es mucho mayor ahora que hace unos años, sobre todo tras la última reforma del EOMF, pero se hace necesario profundizar en estas reformas, desvinculando ambas instituciones.

VII. No abogamos por el nombramiento del Fiscal General del Estado por el Congreso como algunos han venido planteando como solución definitiva.

Al fin y al cabo, el Gobierno es elegido por el Congreso, y si un determinado grupo tiene mayoría en el Congreso acabará eligiendo al mismo candidato que hubiera propuesto el Gobierno del mismo signo político previamente elegido. Y si se optara por establecer una mayoría muy cualificada para nombrar al FGE, se podría terminar con situaciones de bloqueo, que lejos de despolitizar la institución la politizaría claramente, como ya hemos tenido ocasión de comprobar con los nombramientos de Magistrados del TC.

Lo verdaderamente importante es que la vinculación del FGE al Ejecutivo se limite a facilitar la política criminal del Gobierno, pero distanciándose de las decisiones que sobre casos concretos deba tomar la Fiscalía, la cual debe estar dotada de una absoluta independencia, y ello teniendo en cuenta que el principio de jerarquía no debe implicar sometimiento sin más al superior jerárquico, sino que las Fiscalías deben estar dotadas de medios que les permitan tomar decisiones consensuadas o mayoritarias a la hora de posicionarse en temas conflictivos.

VIII. Además, no podemos olvidar que la tan mencionada imparcialidad se predica no solo del órgano jurisdiccional, sino que también constituye un principio rector de la actuación del Ministerio Fiscal por mandato constitucional. Actuar con imparcialidad siendo parte acusadora en el proceso penal es ciertamente complicado, pero no imposible si tenemos en cuenta que de lo que se trata es que el Fiscal actúe simplemente guiado por el afán de que se haga Justicia, instando tanto la condena del culpable como la absolución del inocente.

IX. Abogamos en suma por una reforma estructural del proceso penal que lo haga más rápido, más operativo, pero sobre todo que por un lado, confiera finalmente al juicio oral toda la importancia que debe tener, de tal

forma que la instrucción se convierta no en una *primera instancia*, sino en la preparación del juicio, y por otro lado, que permita la anticipada terminación del proceso penal (por archivo, sobreseimiento y conformidad) de una forma ágil, sin tener que esperar las largas instrucciones actuales y siempre bajo el control de un Juez, que alejado de la investigación, sea imparcial, absolutamente imparcial.

## BIBLIOGRAFIA

ABAD LICERAS, José M<sup>a</sup>: *El papel del Ministerio Fiscal en el proceso penal español*, Seminarios Ambito Jurídico, Perspectivas do direito Processual Penal.

AGUILERA MORALES, Marien: *Comentarios a la Sentencia T.S. 488/2000 de 20 de Marzo*, en Tribunales de Justicia, Enero 2001, núm. 1.

AGUDELO RAMÍREZ, Martín: *La función del Juez en el Estado constitucional. Juez, constitución y proceso*, Revista Internauta de Práctica Jurídica, núm. 9 (enero-junio, 2002). Universidad de Valencia.

AGUIRRE SEOANE, Juan: *La reforma del procedimiento abreviado y el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas*. Revista Actualidad Penal nº 10, 3 a 9 de Marzo de 2003.

ALAMILLO CANILLAS, Fernando: *El Ministerio Fiscal Español (su organización y funcionamiento)*, 1990.

ALBACAR LOPEZ, J.L.: *Derechos fundamentales. Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1993.

ALBARADO BALLESTEROS, Pilar: *Incoación e instrucción de expedientes según la Ley Orgánica de la Responsabilidad penal de los menores*, en Jornadas de Análisis sobre la aplicación de la Ley Orgánica de la Responsabilidad penal de los menores, Madrid, 14 y 15 de Junio de 2.000.

ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, Niceto: *Lo que debe ser el Ministerio Público*, en Rev. G. De Legislación y Jurisprudencia, Año LXXVII, Tomo 155, 1929.

ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, Niceto: *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, 1975.

ALMAGRO NOSETE, José y otro: *Instituciones de Derecho Procesal, Proceso Penal*, Madrid, 1994.

ALMAGRO NOSETE, José: *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, 1996.

ALONSO PÉREZ, Francisco: *Actuaciones de la Policía judicial en los denominados “juicios rápidos”*, Diario La Ley nº 5953, Jueves, 12 de Febrero de 2004.

ALONSO PÉREZ, Francisco: *Los derechos del Imputado no detenido tras la reforma de la Ley 38/2002, de 24 de Octubre*, Diario La Ley nº 5689, Año XXIII, 3 Enero 2003, ref.<sup>a</sup> D-2.

AMBOS, Kai: *Procedimiento abreviado en el proceso alemán y en los proyectos de reforma sudamericana*, en Revista Electrónica de Derecho Penal, 2.001

AMBOS, Kai: *Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción*, Tribunales de Justicia, Marzo 2002.

ANDRES IBAÑEZ, Perfecto: *Ni fiscal, ni habemas procesalista (a pesar de Vives Antón)*, Jueces para la democracia 16-17, 2-3/1992, pags. 43 y ss.

ARAGONES ALONSO, Pedro: *Instituciones de Derecho Procesal penal*, Madrid, 1981.

ARAGONES ALONSO, Pedro: *Proceso y derecho procesal. Concepto, naturaleza, tipos, método, fuentes y aplicación del derecho procesal*, Madrid, 1960.

ARMARIO PÉREZ, Juan: *De la presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico: Consideraciones del derecho a no declarar contra sí mismo y del derecho a no confesarse culpable*, Revista la Garnacha, nº 21, Septiembre de 2002.

ARMENTA DEU, Teresa: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991.

ARMENTA DEU, Teresa: *Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y los que no)*, en Col·lecció “Estudis jurídics”, núm. 2, La Reforma de la Justicia Penal, Castellón de la Plana, 1997.

ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Madrid, 2012.

ARMENTA DEU, Teresa: *Principio acusatorio y Derecho penal*, Barcelona, 1995.

ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989.

ASENCIO MELLADO, José María: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1.991.

ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2.010.

ASSALIT VIVES, José María: *Las intervenciones postales*, La prueba en el proceso penal, Manuales de formación continua, nº 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

BACARESE, Alan: *El papel del Crown Prosecution Service (Servicio de Enjuiciamiento de la Corona Británica) y su relación con la policía*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”, Madrid, 2001.

BADIE, François: *El ministerio público francés*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”, Madrid, 2001.

BANACLOCHE PALAO, J.: *Imparcialidad del Juez que dictó en apelación un auto ordenando la continuación de la instrucción y que luego condenó al acusado*, Tribunales de Justicia, nº 8 y 9, 1997.

BANACLOCHE PALAO, J.: *La instrucción en manos del Fiscal: un grave riesgo*. Revista Papeles FAES nº 41 de 28 de Marzo de 2007.



BAÑARES SANTOS, Francisco: *Proposición de pruebas en el proceso penal*, La prueba en el proceso penal, Manuales de formación continua, nº 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

BAÑO ARACIL, Jorge: *El Ministerio Fiscal en la instrucción de los delitos*, en RGD, 1994, núm. 594, marzo, pags. 1743 y ss.

BARRIENTOS PACHECO, Jesús María: *Entrada y Registro en domicilio particular*, La prueba en el proceso penal, Manuales de formación continua, nº 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

BELLIDO PENADES, Rafael: *Poderes del órgano jurisdiccional y garantía de la imparcialidad en la adopción de la prisión y libertades provisionales*, Actualidad Penal, nº 18, 4 al 10 de Mayo de 1998.

BERMÚDEZ REQUENA, Juan Manuel: *El Ministerio Fiscal en el nuevo modelo de instrucción*, Actualidad Penal nº 36, 6-12 de Octubre de 1997.

BERZOSA FRANCOS, Victoria: *Principios del proceso*, Justicia 92, Año 1992, nº III.

BLANCO, Marcos: “*El ministerio fiscal ¿debe ocuparse de la instrucción?*”, La Tribuna del Derecho (Noviembre 2009)

BONILLA JIMÉNEZ, Pedro Manuel: *Asistencia letrada al imputado policial por delito*, Noticias jurídicas, Octubre 2011.

BURDESE: *Manual de Derecho público Romano*, Barcelona, 1972.

BUTRON BALIÑA, Pedro M.: *El sistema de justicia penal negociada en los Estados Unidos*, Tribunales de Justicia, nº 3, Marzo 1998.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: *El Ministerio Público en los EE.UU. de Norteamérica*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-1999, Ministerio de Justicia.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: *El Ministerio Público y la justicia negociada en los EE.UU. de Norteamérica*, Granada, 1996.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás y otros: *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*. Madrid, 2.000.

CABRERA MERCADO, Rafael: *El pubblico ministero italiano: presente y futuro inmediato*, Rev. Tribunales de Justicia, nº 11/1998.

CAL FERNÁNDEZ, Leopoldo M.: *La incoación e instrucción del procedimiento*, Jornadas sobre “Análisis sobre la aplicación de la L.O. reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 14 y 15 de Junio de 2000.

CALVERO, Bartolomé: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, 1984.

CALVO GONZALEZ, José: *Fiscalía instructora y derechos fundamentales*, Actualidad jurídica Aranzadi, nº 642, año XIV, 28 de Octubre de 2004.

CALVO SANCHEZ, Carmen: *La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la L.O. 7/88, de 28 de Diciembre*, Rev. La Ley, nº 2, 1990.

CALVO SANCHEZ, Carmen: *El derecho al juez imparcial en la doctrina del T.E. de Derechos Humanos: necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes*, Rev. La Ley 1989, vol. 4, págs. 995 y ss.

CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio: *El ministerio Fiscal en el Pacto de Estado por la Justicia*, Hacia dónde va el Ministerio Fiscal, Perspectivas europeas, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, nº 3, 2002.

CAMARENA GRAU, Salvador: *El acto del juicio oral en el proceso penal. Alegación de vulneración de derechos fundamentales en el turno de intervenciones previas del procedimiento ordinario*, Diario La Ley, nº 5513, 1 de Abril de 2002.

CANO-MAILLO REY, Pedro Vicente: *Estatuto Jurídico del Juez*, Diario La Ley, nº 5555, de 30 de Mayo de 2002.

CARNELUTTI, Francesco: *Derecho procesal civil y penal II Derecho procesal penal: principios del procesal penal*. Buenos Aires, 1971.

CARNELUTTI, Francesco: *Principios del proceso penal*. Buenos Aires, 1971.

CAZORLA PRIETO, Soledad: *Diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal en la investigación penal*, Cuaderno de Derecho Judicial “La

instrucción del sumario y las diligencias previas”, Escuela Judicial CEPJ, Madrid, 1998.

CLIMENT DURAN, Carlos: “*La prueba penal*”, Valencia, 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel y otro: *El Ministerio Fiscal*, art. 124, Comentario a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978, Tomo IX.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel: *El fiscal y la policía judicial*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV, Madrid, 1998, “La investigación del Fiscal”.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel: *El Pacto y la Justicia Penal*, “El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia”, obra coordinada por Enrique Arnaldo y Salvador Iglesias, 2003.

COMAS DE ARGEMIR CENDRA, Montserrat: *La negativa del imputado a la práctica de una diligencia de investigación. la prueba de alcoholemia*, Cuaderno de Derecho Judicial “Instrucción del sumario y diligencias previas”, nº 3, 1998, Consejo General del Poder Judicial.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *El Ministerio Fiscal*, Pamplona, 1999.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido y otro: *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas*, Barcelona, 2003.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *El Ministerio Fiscal en la Constitución*, Rev. General de Legislación y Jurisprudencia, Año CXXX, Junio 1981, nº 6, segunda época, tomo LXXXII.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *El Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad y del interés público ante los tribunales de justicia*, Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Presidencia del TS, 1983.

CONSO, Giovanni: *Pubblico Ministero e Accusa penale – Problemi e prospettive di riforma*, Bolonia, 1975.

CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín: *La cosa juzgada penal*, Zaragoza, 1975.

CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín y otros: *Derecho procesal civil. Parte especial*, Madrid, 2003.

CRESPO BARQUERO, Pedro: *Las garantías en la instrucción por le fiscal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, “La investigación del fiscal”, Madrid, 1998.

CHUMILLAS MOYA Marta: “*Motivación de las resoluciones judiciales*”, Revista Internauta de Práctica Jurídica, Universidad de Valencia. Núm. 10 (julio-diciembre, 2002).

CHOCLAN MONTALVO, José Antonio: *La investigación del patrimonio de origen criminal*, “El Juez de Instrucción y el Juez de Garantías. Posibles alternativas”, Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 42, 2002.

DAMIÁN MORENO, Juan: *El Juez de instrucción en lo procesos atribuidos al Tribunal del Jurado: un típico fenómeno de desdoblamiento de personalidad*. Jueces para la democracia 29, Julio/1997, pags. 34 y ss.

DAMIÁN MORENO, Juan: *Los Juicios rápidos. La reconstrucción de una utopía*. Actualidad Jurídica Aranzadi, año XIII, nº 572, 3 de abril de 2003.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel: *Instrucción penal y nuevas tecnologías*, “El Juez de Instrucción y el Juez de Garantías. Posibles alternativas”, Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 42, 2002.

D’ALTERIO, Armando: *El “pubblico ministero italiano”: configuración constitucional, funciones, especial referencia a la dirección nacional antimafia. Perspectivas de reforma*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”, Madrid, 2001.

DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo: *El principio “el que instruye no debe juzgar” como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal*. Crisis de la Justicia y Reformas procesales. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1988.

DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo: *La conformidad del acusado*, Valencia, 1997.

DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo: *Justicia criminal consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*, Valencia 1999.

DE ESTEBAN, Jorge y otro: *Régimen Constitucional Español*, Barcelona, 1984.

DEL ARCO TORRES, Miguel Angel y otros: *Diccionario básico jurídico*, Granada, 1989.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Dos cuestiones sobre el Estatuto del Ministerio Fiscal: ascensos y nombramientos e independencia del Ministerio Público*, Rev. De Derecho Procesal, año 1997, nº 3.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*, R.G.D. año IL, nº 577-578, Octubre, Noviembre 1992.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros: *Derecho procesal penal*, Madrid, 2003.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal*, Revista Tribunales de Justicia, nº 1/1997.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas*, Tribunales de Justicia, nº 8 y 9, Agosto Septiembre de 2003.

DE OÑA NAVARRO, Juan Manuel: *Investigación e instrucción en el proceso penal. La posición del Fiscal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal nº VI, 2001.

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: *El modelo de investigación penal de la CE de 1978: los papeles asignados al Juez, al Fiscal y a la policía judicial*, Revista del Ministerio Fiscal, nº 5, 1998.

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio: *Ministerio Fiscal y reforma de la justicia*, Jueces para la democracia, núm. 43, Marzo 2002.

DEL RIO FERNÁNDEZ, Lorenzo Jesús: *Constitución y principios del proceso penal: contradicción, acusatorio y presunción de inocencia*, Rev. G. del Derecho.

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *La configuración jurídico-política de la acusación pública en EE.UU.*, Revista Tribunales de Justicia, nº 3, 1997.

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *Ministerio Fiscal y acción popular en España: una aproximación histórica*, Revista Tribunales de Justicia, nº 11, 1999.

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *La acusación penal en Inglaterra*, Revista Tribunales de Justicia, nº 11, 1997.

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *El poder de acusar*, Barcelona, 2000.



DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *El principio de legalidad penal en la Constitución*, Diario Jurídico Aranzadi, 31 de enero 2002.

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup>: *El nacimiento de la idea de Ministerio Público*, Tribunales de Justicia, nº 8 y 9, Agosto Septiembre de 1998.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús: *El principio de oportunidad del fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos de la Ley. La regulación legal de la ejecución de medidas*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-2000, “L.O. reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, Ministerio de Justicia.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús: *Los principios de actuación del Ministerio Fiscal*, Poder Judicial nº 9, Diciembre 1983.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús: *Cuestiones sobre la Instrucción penal del nuevo proceso de menores*, en Jornadas de Análisis sobre la aplicación de la Ley Orgánica de la Responsabilidad penal de los menores, Madrid, 14 y 15 de Junio de 2.000.

EDWARDS, John LL.J.: *The attorney general, politics and public interest*, Londres, 1984.

ECHARRI CASI, Fermín Javier: *Apuntes para una reforma del proceso penal: la división del juicio oral en dos fases*, Revista Secretarios Judiciales, Año VI, nº 56, Enero de 2003.

ESQUIVIAS JARAMILLO, José Ignacio: *El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de medidas*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-2000, “L.O. reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, Ministerio de Justicia.

ESPINA RAMOS, Jorge Angel: *Algunas reflexiones sobre la instrucción por el Ministerio Fiscal*, en [www.juridicas.com](http://www.juridicas.com), Enero, 2002.

ESPINA RAMOS, Jorge Angel y otro: *La Futura Fiscalía Europea*. Madrid, 2009.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: *Los análisis de ADN en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)*. La Ley Penal. Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciaria. Nº 4, Abril 2004. Estudios Monográficos.

FAIREN GUILLÉN, Víctor: *Ley del Jurado de 22 de mayo de 1995 y modelo inquisitivo. Un apunte*. Revista de Derecho Procesal, 1996, nº 1, pág.7-31.

FAIREN GUILLÉN, Víctor: *La potestad jurisdiccional*.

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: *La incidencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el Derecho Español*, Boletín nº 2015 <http://www.mjusticia.gob.es>

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *El Ministerio Fiscal en España*, Madrid, 1977.

FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, Juan Manuel: *La aplicación de las nuevas tecnologías al procedimiento penal*, Cuaderno de Derecho Judicial “Instrucción del sumario y diligencias previas”, nº 3, 1998, Consejo General del Poder Judicial.

FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, 1999.

FERRER GARCÍA, Ana: *Diligencias de protección referidas al perjudicado y a los testigos*, Cuaderno de Derecho Judicial “Instrucción del sumario y diligencias previas”, nº 3, 1998, Consejo General del Poder Judicial.

FIX ZAMUDIO, Hector: *La protección procesal de los derechos humanos ante las Jurisdicciones nacionales*, Madrid, 1982.

FLORES PÉREZ, Alfredo: *Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, Estudios Jurídicos del Ministerio fiscal, I-1998. Ministerio de Justicia.

FLORES PRADA, Ignacio: *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999.

FONTECCHIA, Carolina y otro: *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale*, Milán, 1990.

FRANK, Jorge Leonardo: *Sistema acusatorio criminal y juicio oral*, Buenos Aires, 1986.

FUENMAYOR GRANADILLO, Gazelle: *Los principios de legalidad, oportunidad y el Fiscal del Ministerio Público en el proceso penal venezolano*, Capítulo Criminológico Vol. 28, nº 4, Diciembre 2000, 39-73.

FUENTES DEVESA, Rafael: *Las sentencias de conformidad dictadas por el Juez de Guardia*. Diario La Ley nº 5794, Martes, 3 de Junio de 2003.

GALVE SAURAS, Joaquín Cristóbal: *Policía Judicial, ¿Quién y para qué?*, Recopilación de ponencias y Comunicaciones, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

GARBERI LLOBREGAT, José y otro: *Convenio Europeo de Derechos Humanos y jurisprudencia del Tribunal relativa a España*, Barcelona, 1999.

GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, Juan José: *Más allá de las resoluciones llamativas: evaluación de toda la actividad de los Tribunales de Justicia*. Revista Actualidad Penal nº 28, semana del 7 al 13 de Julio de 2003.

GARCÍA GARCÍA, María de los Angeles: *La mediatización del Ministerio Fiscal por el Poder Ejecutivo*. Jueces para la democracia 15, 1/1992, pags. 3 y ss.

GARCÍA GARCÍA, María de los Angeles: *La dependencia del Ministerio Fiscal y la investigación oficial*. Jueces para la democracia 8, Diciembre/1989, pags. 17 y ss.

GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, Juan José: *Más allá de las resoluciones llamativas: evaluación de toda la actividad de los Tribunales de la Jurisdicción penal*. Revista Actualidad Penal, nº 28, semana del 7 al 13 de Julio de 2003.

GARCÍA INGELMO, Fco. Manuel: *El fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-2000, “L.O. reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, Ministerio de Justicia.

GARRIDO, Juan Antonio: *En un sistema penal democrático el juez no investiga*, artículo publicado el 5 de Noviembre de 2002 en [www.filosofiyderecho.com](http://www.filosofiyderecho.com).

GARRIDO FALLA, Fernando: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980.

GARRIDO FALLA, Fernando y otros: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: *Infiltración policial y agente encubierto*, 2001.

GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín: *Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremos*, EGUZKILORE, Número 23, San Sebastián, Diciembre 2009, pag. 317 - 331

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Itziar: *Pluralidad de partes en el proceso penal*, Madrid, 1998.

GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal* Tomo II Proceso penal. Valencia, 1993.

GIMENO SENDRA, Vicente: *El Juez imparcial en la doctrina del T.C.*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1989, pags. 235 y ss.

GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, Pamplona, 2012.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2013.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid, 1981.

GOMES FERREIRA, Joana: *El ministerio público portugués*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”, Madrid, 2001.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El fiscal instructor*, Justicia 1996, Revista de Derecho Procesal, año 1996, nº 2.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El modelo alemán del Ministerio Público: aspectos organizativos y funcionales*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-1999, Ministerio de Justicia.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes*, Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial IV, 2002, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El debate acerca del quién de la investigación a la luz de la experiencia u el modelo procesal alemán*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”, Madrid, 2001.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado*, Rev. Del Ministerio Fiscal, nº 4, 1997, Ministerio de Justicia.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, 1988.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional*, Revista del Poder Judicial, nº 64, 2001 (IV), Consejo General del Poder Judicial.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *La investigación del crimen en el proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional*, Revista La Ley, nº 12, Julio, 2.003.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un estado de derecho*, México D.F., 2008.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto “corpus iuris”)*, Revista Latinoamericana de Derecho, Año V, núm. 9-10, enero-diciembre 2008, pág. 115-157.

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, Pablo: *El Fiscal instructor: la experiencia portuguesa*, Poder Judicial nº 33, Marzo, 1994.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, F.: *Notas sobre la instrucción y el fallo en el enjuiciamiento penal. Comentario a la S.T.C. de 12 de Julio de 1988*, Rev. La Ley 1988/4, pags. 3-6.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, F.: *El proceso penal*, Oviedo, 2.004.

GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen: *Algunos aspectos de la L.O. 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor*, Actualidad Penal, nº 10, de 5 al 11 de Marzo de 2001.

GONZALEZ CUÉLLAR GARCÍA, Antonio: *Crisis de la justicia y reforma del proceso penal*. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1988.

GONZALEZ CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *La conformidad en el proceso abreviado y en el llamado <<juicio rápido>>*, Diario La Ley nº 5895, Martes, 18 de Noviembre de 2003.



GONZALEZ PILLADO, Esther: *Instrucción y preparación del juicio oral en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado*, Granada, 2000.

GONZALEZ SOLER, Olayo E.: *Régimen de persecución de las infracciones penales en el Código penal de 1995*. Intervención del Ministerio Fiscal, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, II-1997, Ministerio de Justicia.

GÖSSEL, Karl-Heinz: *El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el proceso penal del Estado de Derecho*, Revista del Ministerio Fiscal, nº 4, 1997.

GRANADOS PÉREZ, Carlos: *Pasado, presente y futuro del Ministerio Fiscal*, Rev. del Ministerio Fiscal, nº 4, 1997, Ministerio de Justicia.

GRANADOS CALERO, Francisco: *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Madrid, 1989.

HERRERO TEJEDOR, Fernando: *Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español*, R.G. de Legislación y Jurisprudencia, Año CXVI, Marzo 1967, nº 3, Segunda época, tomo LIV.

HERRERO TEJEDOR, Fernando: *Derechos Fundamentales y Ministerio Fiscal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, “El Ministerio Fiscal: Problemas constitucionales en la investigación penal”, Madrid 1997.

HERRERO TEJEDOR ALGAR, Fernando: *La alternativa juez de instrucción-juez de garantías a la vista de los problemas relacionados con*

*la investigación penal y con las técnicas de ADN*, “El Juez de Instrucción y el Juez de Garantías. Posibles alternativas”, Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 42, 2002.

JAURALDE MORGADO, Eduardo: *El Ministerio Fiscal*, Poder Judicial nº 1, Diciembre 1981.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José: El Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial, Poder Judicial nº 3, Junio, 1982.

JIMENEZ VILLAREJO, Francisco: “*La Red de Fiscales de Cooperación Internacional. Especial referencia a la Instrucción nº 2/2003 de la Fiscalía General del Estado*”. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos: *La neutralización del Ministerio Fiscal*. El País, sábado 26 de Abril de 2003.

LACOSTE, Gracieuse: *Sistema procesal francés*, Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial IV, 2002, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial.

LANDROVE DIAZ, Gerardo: *El derecho penal “de la seguridad”*, Diario La Ley nº 5868, Viernes, 10 de Octubre de 2003.

LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo A.: *Algunas consideraciones en torno al Ministerio Fiscal y el proceso penal*, Rev. De Derecho Procesal, año 1994, nº 2.

LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo A.: *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma del Estatuto Orgánico*, Madrid 2008

LASTRA DE INES, Almudena: *La fase de investigación. La actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-2000, “L.O. reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, Ministerio de Justicia.

LOPEZ BARGA DE QUIROGA, Jacobo: *El Juez imparcial*, Cuaderno de Derecho Judicial, “Jurisdicción y competencia penal”, CGPJ, Madrid, 1996.

LOPEZ BARGA DE QUIROGA, Jacobo: *El principio “el que instruye no debe juzgar” desde un punto de vista axiológico*, Poder Judicial, Septiembre , 1982, nº 4.

LOPEZ BARGA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra, 2004.

LOPEZ GARRIDO, Diego: *Tribunal Europeo de Derecho Humanos, 25 años de jurisprudencia 1959-1983*, Cortes Generales.

LOPEZ JIMÉNEZ, Raquel: *La intervención del abogado defensor en el proceso penal ordinario abreviado y en el enjuiciamiento rápido de delitos a la luz de lo previsto en la Ley 38/2002, de 24 de octubre*, Revista Tribunales de Justicia, Abril 2003, nº 4.

LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel: *Tratamiento policial de los menores de edad penal. Comentarios prácticos de la L.O. 5/2000*, Diario La Ley 5366, Lunes, 3 de Septiembre de 2001.

LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel: *Las diligencias del Fiscal investigador*, Actualidad Penal, 18 de Abril de 1993, vol. I, núm. XV.

LOPEZ LOPEZ, Alberto Manuel: *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, Granada, 2002.

LOPEZ-MUÑOZ LARRAZ, Gustavo: *Comentarios a la L.O. 5/1995 del Tribunal del Jurado*, Madrid, 1995.

LOPEZ YAGÜES, Verónica: *El derecho a la asistencia letrada. Su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, Salamanca, 2002.

LORCA MARTÍNEZ, José: *El fiscal en relación con el enjuiciamiento, protección y defensa del menor*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, “El Ministerio Fiscal: Problemas constitucionales en la investigación penal”, Madrid 1997.

LORCA NAVARRETE, Antonio María: *La aplicación del modelo adversarial de proceso penal al ordenamiento jurídico español*, Diario La Ley nº 5869, Lunes, 13 de Octubre de 2003.

LORCA NAVARRETE, Antonio María: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1986.

LORCA NAVARRETE, Antonio María: *Organización judicial española y principios rectores del proceso español*, Madrid, 1993.

LUCAS MUÑOZ, Olga: *Imparcialidad del Juez de instrucción en materia de juicio de faltas: juez que instruye y juzga (Estudio Jurisprudencial)*. Revista Internauta de Práctica jurídica, nº 12 (enero-junio de 2003). [www.uv.es](http://www.uv.es)

LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio de: *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001.

LLEVOT CLAVET, Concepción: *El proceso con todas las garantías: acusación y defensa. Igualdad de armas. Principio acusatorio y principio de oficialidad. Estudios jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, “Garantías procesales de los derechos fundamentales en el orden penal” II-1999, Madrid, 1999.

MACERA, Bernard: *El particularismo del proceso penal en el derecho inglés*. Tapia, Nov. 1991.

MACÍA GÓMEZ, Ramón y otros: *Sistemas de Proceso penal en Europa*, Barcelona, 1998.

MAGALDI PATERNOSTRO, María José: *Doctrina constitucional sobre las intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución Española*, La prueba en el proceso penal, Manual de Formación Continua nº 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MAGRO SERVET, Vicente: *Análisis de la reforma procesal penal para la implantación de los nuevos juicios rápidos*, Diario La Ley nº 5533, de 29 de Abril de 2002.

MAGRO SERVET, Vicente: *La reforma de la Ley de Juicios rápidos 38/2002, de 24 de Octubre, en la reforma del Código penal*, Diario La Ley nº 5891, Miércoles, 12 de Noviembre de 2003.

MAGRO SERVET, Vicente: *La imparcialidad judicial*, La Ley Penal, Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, nº 7, año 1, Julio-Agosto 2004.

MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1.990.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, 2001.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *El Ministerio Fiscal en Europa: algunos problemas comunes*, Rev. Jurídica Española “La Ley”, tomo 6, 1996, 9201-11200.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *Significación procesal de las diligencias tramitadas por el Fiscal en la LO 7/1988*, Rev. La Ley, 1989, vol. 2, pags. 1109 y ss.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *25 Años de Constitución y Ministerio Fiscal*, Actualidad jurídica Aranzadi, nº 603, 11 de Diciembre de 2003.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *El Pacto y el Ministerio Fiscal*, “El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia”, obra coordinada por Enrique Arnaldo y Salvador Iglesias, 2003.

MARTÍN CARO SÁNCHEZ, José Antonio: *El Fiscal y la instrucción en el proceso de menores*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, 1998, “La investigación del Fiscal”, Madrid.

MARTÍN COSTAS, Armando: “*La llamada <<Ley de Juicios Rápidos>>. El reforzamiento de la actuación de la policía judicial en el proceso penal*”. En <http://noticias.juridicas.com>, Marzo 2003.

MARTÍN GARCÍA, Pedro: *Presencia física de las partes en la fase de instrucción: exigencia del derecho de defensa*, La prueba en el proceso penal, Manuales de formación continua, nº 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MARTIN Y MARTIN, José Antonio: *La instrucción penal*, Madrid, 1999.

MARTIN Y MARTIN, José Antonio: *La instrucción penal*, Madrid, 2004.

MARTIN Y MARTIN, José Antonio: *Decisiones indiciarias en los jueces de instrucción. Su significado actual en el marco de las garantías de la investigación*, “El Juez de Instrucción y el Juez de Garantías. Posibles alternativas”, Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 42, 2002.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *La instrucción de las causas por delitos. Naturaleza. Organo que debe realizarla. Iniciación*, Cuaderno de Derecho Judicial, “La instrucción del sumario y las diligencias previas”. Escuela Judicial CGPJ, Madrid, 1998.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén: *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*. Valencia, 1999.

MARTÍNEZ PARDO, Vicente José: *La prisión provisional. Régimen Jurídico*, Revista Internauta de práctica jurídica, nº 7, Enero Junio, 2000.

MARTÍNEZ VAL, José María: *Abogacía y abogados. Tipología profesional, lógica y oratorio forense, deontología jurídica*. Barcelona, 1990.

MARTÍNEZ ZATO, Juan José: *La reforma del Estatuto Orgánico*, Hacia dónde va el Ministerio Fiscal, Perspectivas europeas, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, nº 3, 2002.

MEDEL, Magistrados Europeos por la democracia y las libertades: *Declaración de principios sobre el Ministerio Fiscal*. Jueces para la democracia 25, Marzo/1996, pags. 87 y ss.

MENA ALVAREZ, José María: *La crisis de los fiscales*. Jueces para la democracia 29, Julio/1997.

MENA ALVAREZ, José María: *El fiscal: entre su potenciación y su instrumentalización*. Jueces para la democracia 2, Octubre/1987.



MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael: *La posición procesal del Ministerio Fiscal en fase de investigación del proceso penal: de órgano inspector de la formación del sumario a órgano de investigación. Su marco procesal. Presente y Futuro*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV, 1999. Ministerio de Justicia.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, Oficina de Información Diplomática: *Los derechos Humanos*, Cuadernos de Documentación, Madrid, 1977.

MINISTERIO DE JUSTICIA: *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1996.

MIRANDA ESTRAMPER, Manuel y otro: *El Ministerio Fiscal: consideraciones en torno a un modelo constitucional*, Poder Judicial nº 54.

MONTERO AROCA, Juan: *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de unciones procesales*, Valencia, 1999.

MONTERO AROCA, Juan y otros: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Barcelona, 1993.

MONTERO AROCA, Juan y otros: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, 2013.

MONTERO AROCA, Juan y otros: *Comentarios a la Ley del Jurado*, Pamplona, 1999.

MONTERO AROCA, Juan y otros: *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Valencia, 2013.

MONTERO AROCA, Juan y otros: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, 2003.

MORA CAPITÁN, Belén: *El modelo de instrucción penal en el sistema español*, Justicia 2003, Revista de Derecho Procesal.

MORAES ROCHA, Joao Luís de y otro: *Sistema de procedimiento penal portugués*, Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial IV, 2002, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial.

MORAN MARTIN, Remedios: *Historia del derecho privado, penal y procesal*, Madrid, 2002.

MORAN MARTÍNEZ, Rosa: *El Ministerio Fiscal en Europa. Pautas de convergencia*, Hacia dónde va el Ministerio Fiscal, Perspectivas europeas, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, nº 3, 2002.

MORENILLA RODRÍGUEZ, José M<sup>a</sup>: *El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal español*, Documentación Jurídica nº 29.32, enero diciembre 1981, pág. 91.

MORENO CATENA, Víctor y otros: *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la L.O. 7/1988*. Valencia, 1989.

MORENO CATENA, Víctor: *Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa*. Estudios Jurídicos. Ministerio

Fiscal VI. El Ministerio Fiscal: Problemas constitucionales en la investigación penal. Madrid, 1997.

MORENO CATENA, Víctor y otro: *Derecho procesal penal*. Valencia, 2.005.

MORENO CATENA, Víctor y otro: *Derecho procesal penal*. Valencia, 2012.

MORENO CATENA, Víctor: *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1996.

MORENO CATENA, Víctor y otros: *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 2003.

MORENO CATENA, Víctor: *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1.982.

MORENO CATENA, Víctor: *El proceso penal Español. Algunas alternativas para la reforma*, Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial IV, 2002, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial.

MORENO CATENA, Víctor y otros: *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios (volumen II, Instrucción y medidas cautelares)* Valencia, 2000.

MUERZA ESPARZA, Julio: *El Juez instructor sí puede fallar*. Diario Jurídico Aranzadi, 27 de de Febrero de 2003.

MUHM, Raoul: *Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana (crisis del modelo y perspectivas)*, Jueces para la democracia, 22, 2/1994, pags. 93 y ss.

MUÑOZ MARIN, Angel: *Derecho a juez imparcial: comentario a la STS, Sala de los penal, de 27 de Febrero de 2000*, rec. Nº 1191/2000, Comentario 34/2001, CEFLEGAL, Revista Práctica de Derecho, Mayo 2001, pág. 47.

MYJER Egbert y otro: *Manual de Derechos Humanos para Fiscales*. Asociación Internacional de Fiscales, La Haya, 2009.

NABAL RECIO, Antonio: *La investigación del Ministerio Fiscal*, II Congreso de Derecho Procesal Castilla-León, Madrid, 1989, pags. 267 y ss.

NARVAEZ RODRIGUEZ, Antonio: *La investigación penal por el Ministerio Fiscal: una apuesta para el futuro*. Rev. Tribunales de Justicia (Rev. Española de Derecho Procesal) nº 10- Octubre 2000, LA LEY.

NARVAEZ RODRIGUEZ, Antonio: *La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, “La investigación del Fiscal” VI, Madrid, 1998.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: *El fiscal en la ley orgánica de tribunal del jurado: su intervención en la fase de instrucción: algunas cuestiones prácticas suscitadas*, Cuaderno de Derecho Judicial nº 2, 1995, “El Tribunal del Jurado”, Consejo General del Poder Judicial.

NICASTRO, Gian Maria: *Sistema Procesal italiano*, Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial IV, 2002, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial.

NICOD, Jean-Claude: *El Ministerio Público en Francia*, Jueces para la democracia, 18, 1/1993, pags. 83 y ss.

NIEVA FENOLL, Jorge: *El Ministerio Fiscal en Alemania*, Justicia 1999, Revista de Derecho Procesal, nº 3-4.

NOREÑA SALTO, José Ramón: *Principios informadores del proceso penal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VII, Madrid, 1999.

NOREÑA SALTO, José Ramón: *Juez imparcial: magistrados que fallan una causa penal, después de haber desestimado la apelación contra el procesamiento*, Tribunales de Justicia, nº 3, Marzo 1999.

NOREÑA SALTO, José Ramón: *Instrucción por el Fiscal: razones en contra*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, “La investigación del Fiscal” VI, Madrid, 1998.

OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: *¿La instrucción de las causas penales para los Fiscales?*, La Toga Online, nº 150, Septiembre-Octubre 2.004.

OÑA NAVARRO, Juan Manuel de: *El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, “Constitución y garantías penales”. Cuaderno de derecho Judicial, XV, 2003.

ORAA GONZALEZ, J. y P.: *El procedimiento penal ordinario por delito y la garantía de imparcialidad judicial*, Rev. La Ley 1992, vol.2, pags. 954 y ss.

ORTEGA PÉREZ, Francisco: *El Juicio de Acusación*, Barcelona, 2.007.

ORTEGO PÉREZ, Francisco: *Instrucción judicial y garantías*, Diario LA Ley, nº 5514, 2 de Abril de 2002.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *Sobre la instrucción previa en el procedimiento ante el Jurado*, Tribunales de Justicia, nº 2, Febrero 1998.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española*. Parte de la Memoria presentada por el autor para el Concurso oposición a la Cátedra de derecho procesal de la Universidad de Extremadura, Madrid, Febrero 1984.

ORTELLS RAMOS, Manuel y otros: *Derecho Procesal. Introducción*, Valencia, 2003.

ORTIZ URCULO, Juan Cesáreo: *Algunos aspectos de las garantías propias de la instrucción penal a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, “El Juez de Instrucción y el Juez de Garantías. Posibles alternativas”, Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 42, 2002.

PACHECO CARVE, Luis: *El fiscal en el derecho comparado*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”, Madrid, 2001.

PALACIOS CRIADO, María Teresa: *Diligencias que afectan a derechos fundamentales* Cuaderno de Derecho Judicial “Instrucción del sumario y diligencias previas”, nº 3, 1998, Consejo General del Poder Judicial.

PALOMO DEL ARCO, Andrés: *Cooperación judicial penal en Europa*, Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial IV, 2002, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial.

PARAMO DE SANTIAGO, Castro: *Principio Acusatorio. Infracción: comentario a la STS, Sala de lo penal, de 22 de Diciembre de 2000, rec. N° 2543/1999*, Comentario 36/2001, CEFLEGAL, Revista Práctica de Derecho, Mayo 2001, pág. 50.

PASTRO LOPEZ, Miguel: *El proceso de persecución: análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Valencia 1979.

PAUNER CHULVI, Cristina: *El Ministerio Fiscal y la Fiscalía en Francia: el proyecto de reforma sobre dependencia jerárquica*, Rev. del Poder Judicial, nº 55, 1999 (III).

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Sobre la crisis de la Justicia*, Poder Judicial, nº 10, 1988.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba "preconstituida"*, Cuaderno de Derecho Judicial “Instrucción del sumario y diligencias previas”, nº 3, 1998, Consejo General del Poder Judicial.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús y otros: *Las reformas del procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas*. Granada, 2003.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús y otros: *Derecho procesal penal*. Pamplona, 2.010.

PÉREZ JIMÉNEZ, Nicolás D.: *De los autos de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado*, Revista Vlex, 28 de Marzo de 2002.

PÉREZ MARTELL, Rosa: *Los recursos contra las resoluciones interlocutorias en la reforma parcial de la LECrim. Sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*, La Opinión, Temas de interés, 2002.

PÉREZ DE SCHAEFER, Marianela: *Panorama general sobre la protección jurídica que brinda el derecho procesal penal alemán en el procedimiento de averiguación*, Capítulo criminológico, vol. 29, nº 3, Sep. 2001.

PERIS RIERA, Jaime M.: *El modelo de mediación y separación en el nuevo marco de la responsabilidad de los menores previsto por la L.O. 5/2000*, Diario La Ley, nº 5240, Doctrina.

PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997.



POLO RODRIGUEZ, José Javier: *La investigación del Fiscal. Su incidencia en la instrucción de los procesos penales*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, “La investigación del Fiscal” VI, Madrid, 1998.

POLO RODRIGUEZ, José Javier: *El fiscal investigado e instructor*, Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal VI. El Ministerio Fiscal: Problemas constitucionales en la investigación penal. Madrid, 1997.

PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo: *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*, Manuales de formación continua, CGPJ, nº 46, Madrid 2009.

PORTERO GARCÍA, Luis: *La estructura del Ministerio Fiscal en la investigación e instrucción*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, “La investigación del Fiscal” VI, Madrid, 1998.

PORTERO GARCÍA, Luis: *Libro Homenaje al Fiscal Luis Portero*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2.001.

PORTERO GARCÍA, Luis y otros: *Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988 (procedimiento abreviado)*, Bilbao, 1989.

PREDIERI, Alberto y GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo: *La Constitución española de 1978. Estudios sistemáticos dirigidos por los Profesores Alberto Predieri y E.García de Enterría*, Madrid, 1981.

PRIETO CASTRO, L. y otro: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1989.

QUERALT, Joan J.: *El Ministerio Público europeo en el “Corpus Iuris”*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 16-XII-99, Año IX, nº 418.

QUERALT, Joan J.: *Sobre la reforma de la Justicia*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 03-r1 (2001). <http://criminet.ugr.es>.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *El tiempo y el derecho penal: legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad y prescripción del delito*. “Garantías procesales de los derechos fundamentales en el Orden penal”. Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales, II-1999. Madrid, 1999.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La Justicia Penal en España*, Pamplona, 1998.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal*, Barcelona, 1999.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El sistema procesal español*. Barcelona, 1999.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Enjuiciamiento criminal, Séptima lectura constitucional*, Barcelona, 2004.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Enjuiciamiento criminal, Novena lectura constitucional*, Barcelona, 2010.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Décima lectura constitucional*, Barcelona, 2011.

RAMOS RUBIOS, Carlos: *La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia*, La prueba en el proceso penal, Manuales de formación continua, nº 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

RAYO GÓMEZ, David: *El Ministerio Fiscal ante la investigación oficial*. II Congreso de Derecho Procesal Castilla-León, Madrid, 1989, pags. 267 y ss.

REDONDO HERMIDA, Alvaro: *La revisión de la decisión del Fiscal de no ejercitar acciones*, Revista del Ministerio Fiscal, nº 5, 1998.

REDONDO ILLESAS, Santiago: *La delincuencia y su control: realidades y fantasías*, Revista de Derecho penal y Criminología, nº 8, 2ª época, Julio 2001.

REIG REIG, José Vicente: *Reforma del procedimiento abreviado*, Madrid, 2002.

RIAÑO BRUN, Iñaki: *La instrucción Criminal en el Proceso Penal*, Pamplona 2008.

RIBO DURAN, Luís: *Diccionario de Derecho*, Barcelona, 1987.

RITTER, Andreas: *El ministerio fiscal alemán: naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás poderes del Estado*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”, Madrid, 2001.

ROBLES MORCHON, Gregorio: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid, 1988.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Comunicación. La imparcialidad objetiva o la denominada “contaminación procesal” (el derecho a un juez no prevenido)*, Cuaderno de Derecho Judicial, “Jurisdicción y competencia penal, CGPJ, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *El secreto del sumario como límite al derecho a la libertad de información*, Cuaderno de Derecho Judicial “Instrucción del sumario y diligencias previas”, nº 3, 1998, Consejo General del Poder Judicial.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Detenciones no procedimentales penales (retenciones y medidas de compulsión administrativa sobre las personas)*, Cuaderno de Derecho Judicial “Instrucción del sumario y diligencias previas”, nº 3, 1998, Consejo General del Poder Judicial.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Derechos Fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Nociones básicas y jurisprudencia esencial*, Granada, 2000.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *La Justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Salamanca, 1997.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *La modernización del enjuiciamiento de las bagatelas penales en Brasil*”, Justicia 2001.

RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La actuación del Juzgado de Guardia en la fase de investigación para el enjuiciamiento rápido de delitos y faltas*, Diario La Ley nº 5774, Año XXIV, 6 Mayo 2003, ref.<sup>a</sup> D-106.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *¿El Juez de instrucción es inconstitucional?*, Actualidad Jurídica Aranzadi, 19 de Septiembre de 1996.

RUBIO EIRE, José Vicente: *El sistema procesal penal italiano*, elderecho.com, 29 de Octubre de 2014.

RUIZ VADILLO, Enrique: *Art. 117 CE*, Comentarios a las Leyes Políticas Constitución Española de 1978, Tomo IX.

RUIZ VADILLO, Enrique: *La policía judicial, art. 126*, Comentarios a las Leyes Políticas Constitución Española de 1978, Tomo IX.

RUIZ VADILLO, Enrique: *La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal*, Justicia Penal, Poder Judicial número especial II.

RUIZ VADILLO, Enrique: *El principio acusatorio y su posición en la doctrina jurisprudencial del TC y TS*, Colección: Doctrina y Jurisprudencia, Madrid, 1994.

RUIZ VADILLO, Enrique: *Estudios de Derecho procesal penal*, Granada, 1995.

SAINZ RUIZ, José Antonio: *Principio acusatorio en la fase de investigación: ¿hacia un fiscal instructor?*, Rev. G. de Derecho, Abril, 2000, nº 667, Pág. 3791.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro, y otros: *La reforma del proceso penal*, Barcelona, 2003.

SALIDO VALLE, CARLOS: *Las diligencias a practicar durante la detención*. V/Lex (<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/diligencias-practicar-detencion-282384>).

SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1981.

SÁNCHEZ PARELLADA, Jorge: *El acta del juicio oral en el proceso penal y las nuevas tecnologías*, Revista Actualidad Penal nº 13, Semana del 24 al 30 de Marzo de 2003.

SANCHIS CRESPO, Carolina: *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*, Granada, 1995.

SAN ROMAN MORENO, José Ramón: *De las formas de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la independencia judicial, del Consejo General del Poder Judicial y de otras cuestiones colaterales*, Diario La Ley, 18 de Junio de 2001.

SEBASTIÁN OTONES, Milagros: *La instrucción en el nuevo procedimiento de menores*, Diario La Ley, nº 5371, Lunes, 10 de Septiembre de 2001.

SENTIS MELENDO, Santiago: *La instrucción en el proceso penal*, Rev. De Derecho Procesal, 1973, pags. 649 y ss.

SERRANO BUTRAGENO, Ignacio: *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, Granada, 1996.

SLAPPER, Gary: *English legal System*, Londres, 1995.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (coordinador) y otros: *Práctica del proceso penal*, Madrid, 2003.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José: *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión provisional y orden de protección. El juicio de faltas*, Madrid, 2004.

SUÁREZ LEOZ, David: *El nacimiento del derecho de defensa en la fase de instrucción*, Cuaderno de Derecho Judicial, nº 5, 1995, “Cuestiones penales y procesales militares”, Consejo General del Poder Judicial.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José: *El sistema de juicios rápidos*, La Opinión, Temas de interés, 2002.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel: *Los juicios rápidos e inmediatos. Comentarios a la Reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre juicios rápidos e inmediatos y del procedimiento abreviado*, Madrid, 2002.

TESON MARTÍN, Fernando: *Problemática práctica de la instrucción*, Recopilación de ponencias y Comunicaciones, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

TINOCO PASTRANA, Angel: *El modelo procesal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Revista de derecho Procesal, Justicia 2004, nº 1 y 2.

TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo: *El Ministerio Fiscal y los poderes públicos: autonomía y responsabilidad*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal nº VI, 2001.

TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo: *Necesidades de armonización de los Ministerios Públicos de la Unión Europea. El modelo de propuesta del Ministerio Fiscal Europeo Corpus Iuris*, Revista del Ministerio Fiscal, nº 9, 2001, Ministerio de Justicia.

TOME GARCÍA, José A.: *Eficacia de las declaraciones sumariales en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado: disconformidad entre las declaraciones efectuadas en la instrucción y en el juicio oral*, Tribunales de Justicia, nº 8 y 9, 1998.

UGAZ ZEGARRA, Fernando: *El principio de imparcialidad y el Ministerio Fiscal*, Revista Colegio Abogados de Lima, Agosto 2002 (página web del Colegio).

URBANO CASTRILLO, Eduardo de: *El principio de contradicción en el proceso penal*, Diario La Ley nº 5474, Lunes, 4 de Febrero de 2002.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de: *Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro*. “El Juez de Instrucción y el Juez de Garantías. Posibles alternativas”,



Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº 42, 2002.

URIA MARTÍNEZ, Joan Francesc: *Intervenciones telefónicas. Aproximación al estado de la cuestión*, La prueba en el proceso penal, Manuales de formación continua, nº 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

VALERO OLTRA, Rafael: *El Fiscal y la instrucción en el procedimiento de la L.O. 5/95 del Tribunal del Jurado*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, “La investigación del Fiscal” VI, Madrid, 1998.

VARELA CASTRO, Luciano: *La investigación en el proceso penal: Ministerio Fiscal y Juez para la instrucción*. II Congreso de Derecho Procesal Castilla-León, Madrid, 1989, pags. 947 y ss.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*, I Congreso de Derecho Procesal Castilla-León, Madrid, 1988.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal*, Rev. Jurídica de Catalunya.

VEGA RUIZ DE, José Augusto: *El principio de audiencia*. Revista Ministerio de Justicia (<http://www.mjusticia.gob.es/>), núm. 1.343.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy: *El juez de instrucción*, Cuaderno de Derecho Judicial nº 2, 1995, “El Tribunal del Jurado”, Consejo General del Poder Judicial.

VERCHER NOGUERA, Antonio: ¿Hacia un Ministerio Fiscal inglés?, *La Ley*, nº 2, 1987.

VERGER GRAU, Joan: *La acusación pública oficial en Inglaterra*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV, 1999, Ministerio de Justicia.

VERGER GRAU, Joan: *La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio*, *Revista Vasca de Derecho y Arbitraje*, Tomo XV, Enero 2003.

VERVAELE, John A.E.: *El Ministerio Fiscal europeo y el espacio judicial europeo. Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un derecho procesal penal europeo*, *Sistemas penales europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial IV, 2002, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial.

VIADA, C.: *Notas sobre la necesidad de reforma de la L.E.Cr. (fase instructora)*, *RGLJ*, 1950, vol. 187, pags. 330 y ss.

VIADA LOPEZ-PUIGCEVER, Y ARAGONESES Alonso: *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1968.

VILLAGÓMEZ CEBRIAN Marco A.: *Valor probatorio de las diligencias de instrucción en el proceso pena: análisis jurisprudencial*, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, Año 2001-1, nº 5.

WILLIAMS, Aled: *Aproximación al sistema de justicia criminal en Inglaterra y Gales*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI, “El Ministerio Fiscal en el Derecho Comparado”, Madrid, 2001.